Der

gemeine deutsche bürgerliche

Prozeß

in Vergleichung

mit dem preußischen und französischen Civilverfahren und mit den neuesten Fortschritten der Prozeßgesetzgebung

von

Dr. C. J. A. Mittermaier,
ordentlichem Professor der Rechte zu Heidelberg.

Dritter Beitrag.

Bonn, 1823.
Bei Adolph Marcus.

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

Inhalt.

Seite.

§. I. Von den Rechtsmitteln überhaupt und den Beschränkungen derselben 1

§. II. Appellationsverfahren 39

§. III. Wiedereinsetzung in den vorigen Stand . . . 69

§. IV. Nichtigkeitsbeschwerde 87

§. V. Französischer Cassationshof 105

§. VI. Vollstreckung der Urtheile 118

§. VII. Concursprozeß 170

Druckfehler.

Seite	10	Not. 30	Zeile	23	statt	gewöhnl.	lies	abgedr.
—	19		—	4	—	müßte	l.	müßten
—	25		—	2	—	einen	l.	ein
—	34	Not. 120	—	33	—	richtigen	l.	nichtigen
—	40		—	2	—	nur	l.	vorzüglich
—	46	Not. 20	—	1	—	Leonrad	l.	Leonrod
—	47		—	19	—	sechs	l.	sechszig
—	62		—	18	—	activ	l.	actio
—	63		—	18	—	gestattet werden	l.	gestattete
—	70	Not. 9	—	28	—	aufgeklärten	l.	bekannte
—	73		—	12	—	Fälschung; wendet	l.	Fälschung. Wendet
—	84		—	10	—	die Gerichtsordnung	l.	nach der Gerichtsordnung
—	89		—	9	—	von 1555. Wenn	l.	von 1555 wenn
—	96		—	21	—	theti	l.	thesi
—	107		—	6	—	den Grundsatz bestätigten	l.	bestätigte den Grundsatz
—	110		—	4	—	wurden	l.	werden
—	110		—	5	—	gelangte	l.	gelangt
—	113		—	6	—	keine	l.	eine
—	118		—	14	—	nothwendig zu seyn	l.	nothwendig gewesen zu seyn
—	129		—	25	—	referes	l.	referés
—	129		—	27	—	entschieden wird. Während	l.	entschieden wird, während
—	159		—	1	—	Größe nach bestimmter	l.	im Urtheile der Dauer nach bestimmt ausgedrückte
—	160		—	7	—	Gläubigers,	l.	Gläubigers;
—	163		—	16	—	selten	l.	seltene und
—	170		—	22	—	pretor	l.	praetor
—	176		—	33	—	kann, wenn	l.	kann. Wenn

Bayerische Staatsbibliothek MÜNCHEN

§. I.

Von den Rechtsmitteln überhaupt und den Beschränkungen derselben.

Wenn sonst bei der Anlegung eines neuen Gebäudes von unten herauf gebaut und erst dann, wenn für eine tüchtige Grundlage gesorgt ist, nach oben zu der Bau fortgeführt wird, so schien man doch bei der Gründung des Gebäudes der gerichtlichen Verhandlungen in Rechtsstreitigkeiten die entgegengesetzte Ansicht in Deutschland gefaßt zu haben. Man baute hier zuerst das obere Stockwerk, man erließ Kammergerichts- oder Hofgerichtsordnungen, organisirte Obergerichte und ordnete das Verfahren derselben, ohne für die meisten, für die regelmäßigen und die dem Volke am nächsten stehenden Gerichte — für die Untergerichte — gleichsam für die Grundlage und das unterste Stockwerk des Justizgebäudes, eine Sorge zu tragen. Noch die neueste Zeit scheint sich zuweilen in dieser Bauart der Gerichtsordnungen zu gefallen. Die Folgen dieses Verfahrens konnten nicht ausbleiben; die Untergerichte waren sich entweder selbst überlassen, so daß in jedem Lande soviele Untergerichtsordnungen entstanden, als es

Bayerische Staatsbibliothek München

Untergerichte gab, oder sie richteten sich nach dem Verfahren der Obergerichtsordnungen, bei welchen das Gesetz die Entfernung der Partheien vom Gerichtsorte, daher die Nothwendigkeit des Schriftenwechsels, und den Umstand, daß nur auf dem Wege des Rechtsmittels schon gepflogene Verhandlungen an das Gericht gelangen, berücksichtigt hatte, während für das Verfahren bei den Untergerichten ganz andere Rücksichten hätten entscheiden sollen. Die Untergerichte fühlten bald selbst, daß man sie und ihre Justiz nicht als die Hauptsache im Staate würdige, und sahen die Rechtspflege nicht als den Haupttheil ihrer Geschäftssphäre an, in der Ueberzeugung, daß die Partheien doch appelliren würden, und auf ihr Urtheil wenig ankäme; die Obergerichte aber gewöhnten sich daran, sich als die Hauptstützen der Justiz zu betrachten und das Verfahren bei den Untergerichten mehr als einen schiedsrichterlichen Versuch anzusehen [1]).

Unter solchen Verhältnissen mußte die richtige Ansicht von der Justiz und dem Verhältnisse der Gerichtshöfe eines Staats untergehen, und die Anordnung der Rechtsmittel mußte eine verkehrte Richtung erhalten. Während nach der wahren Betrachtungsweise das Verfahren bei den Untergerichten die Grundlage für jedes weitere Verfahren bei höheren Gerichten bleiben sollte, während jedes Unter-

---

1) Es giebt Gegenden in Deutschland, in welchen ungescheut die Advokaten erklären, daß sie wünschten bei dem Untergerichte ein ungünstiges Urtheil zu erhalten, weil dann das Obergericht bald eine günstige Meinung für die Parthei fassen würde, indem die praesumtio gegen die untergerichtlichen Urtheile spreche. Ob eine solche Ansicht der Würde der Gerichte entspreche, muß sehr bezweifelt werden.

gericht als das regelmäßige Gericht schon so gut organisirt seyn mußte, daß in der Regel die Partheien mit dem Urtheile ihrer ordentlichen Gerichte zufrieden seyn konnten, und nur Ausnahmsweise Prozesse an höhere Gerichte gelangen sollten, trat die entgegengesetzte Ansicht ein. Vergessend das Zeugniß der Geschichte, daß bei jedem Volke erst spät Appellationen entstanden, daß in der blühendsten Zeit des römischen Staats die Römer das Urtheil des praetors und der judices pedanei als ein gerechtes verehrte, so wie einst der Germane das Urtheil des Landgerichts und der Schöppen als das Urtheil des Volkes selbst betrachtete, mußte nach der deutschen Ansicht jede Parthei schon bei dem Anfang des Prozesses vertrauend zu der oberen Instanz aufblicken dort ihr Heil erwartend; das untergerichtliche Verfahren galt als eine nach der Einrichtung einmal zu beobachtende Formalität, die Appellationen wurden zur Regel, es galt sogar in manchen Ländern für die Partheien als ein Privilegium, wenn sie vor den Untergerichten nicht Recht zu nehmen brauchten, und das Verfahren der oberen Instanzen mußte so organisirt werden, daß dadurch die Lücken des untergerichtlichen Verfahrens wieder ausgefüllt und die Fehler gut gemacht werden konnten. Kam dazu noch eine in Deutschland immer mehr verbreitete Ansicht, nach welcher die Untergerichte zugleich Administration, Polizei und Justiz ausüben sollten, betrachtete man die dadurch aufgelegte Geschäftslast der Untergerichte [2]), so mußte

---

2) Den zweiten Beitrag dieser Schrift Nro. II. S. 38. und Bestätigung der dortigen Ansicht in Puchta Beiträge zur Gesetzgebung und Praxis des bürg. Rechtsverf. S. 82.

das Ansehen der untergerichtlichen Verhandlungen und Urtheile noch völlig untergehen.

Wie wenig aber auch von dem Gange des Verfahrens bei den oberen Gerichten Heil für die Rechtspflege erwartet werden konnte, leuchtet bald ein, wenn man einen Rückblick auf die heterogenen Elemente wirft, aus welchen das noch in den letzten Jahrzehenden geltende deutsche System der Rechtsmittel hervor gegangen ist. Dies System entwickelte sich theils aus den Ansichten des römischen, theils des canonischen Rechts, theils aus dem deutschen Gerichtsgebrauche. Was das römische Recht [3]) betrifft, so kannte dasselbe zur Zeit der freien Republick keine Appellation im späteren Sinne, und die vorkommende Provokation war kein Rechtsmittel, sondern mußte immer auf eine Beschwerde wegen offenbarer Rechtsverletzungen sich gründen [4]). Erst seit der Zeit als ein neuer Subordinationsnexus der Beamten eingeführt wurde, als der praefectus urbi mit ausgedehnter Gewalt erschien, erst jetzt bildete sich als ein regelmäßiges Rechtsmittel die Appellation aus [5]), es bildete sich ein bestimmter Instanzenzug aus [6]), und dauerte bis in die späteren Zeiten fort.

---

3) Conradi, jus provocat. in antiq. rom. Lips. 1723. — Pollet, hist. for. rom. lib. V. cap. 17. — Guther, de officio Domus aug. in Sallengre thes. tom. III. l. 1. cap. 20. — Brettus, ordo. per ant. for. c. 42.

4) Das Verhältniß bezog sich hier unfehlbar nur auf das öffentliche Recht. Nur wo dem Urtheile eine Verletzung des Verfassungsrechts vorgeworfen werden konnte, durfte in der Republik von gewissen Magistraten die Sache an das Volk gebracht werden. Dies war aber keine gewöhnliche Appellation der Partheien.

5) Sueton. in august. c. 33. Vopiscus in Florian. c. 5. 6.

6) L. 21. §. 1. D. de appell. l. 1. 3. D. quis a quo appell.

Daß bei dem höheren Richter das Verfahren mündlich und öffentlich war, ist unbezweifelt. Als Roms Freiheit unterging, fing auch die Cabinetsjustiz an; wie sich die Kaiser selbst in die Justiz einmischten, so wurden sie auch durch Bittschriften der Partheien dazu veranlaßt, und in dem Staatsrathe bildete sich allmählig eine eigene zu gerichtlichen Geschäften bestimmte Sektion — das auditorium [7]. Jemehr neue Beamte entstanden, jemehr vorzüglich am Range der praefectus praetorio stieg, desto mehr verwirrte sich das System der Rechtsmittel; Constantin hielt es für unangemessen, von dem Urtheile des praefectus praetorio appelliren zu lassen [8], allein der Kaiser nahm sich der Besiegten an, und die Parthei konnte jetzt statt der Appellation an den Kaiser supplliziren, in welchem Falle eine neue Verhandlung eintrat [9]. — So wie in anderen Lehren ging auch in der von den Rechtsmitteln das römische Recht in den Gebrauch der geistlichen Gerichte des Mittelalters und in das canonische Recht über; Appellation mit allen römischen Formen und Wirkungen wurde das ordentliche Rechtsmittel, und als entschiedener Satz galt im Gerichtsgebrauche der: daß nur zweimal appellirt werden dürfe [10]. Merk-

---

7) Haubold, de consistorio principis. Lips. 1787.

8) L. un. §. 1. D. de offic. praefect. praet. l. 11. 16. Cod. Theod. de appell.

9) L. 5. Cod. de prec. imp. offerend. l. 1. Cod. de sent. praef. praet. nov. 82. cap. 12. nov. 115. c. 1. nov. 119. S. Goldschmidt Abh. aus d. deutschen gemeinen Civilproz. Nro. XI.

10) Duranti, specul. jur. lib. II. p. III. § 8. s. auch später so anerkannt in Ferrariis prax. aur. p. 505. und Alciat comp. proc. p. 258.

würdig ist, daß nach einer Stelle bei Duranti [11]) die Ansicht wahrscheinlich wird, daß man durch Appellation nicht die Prüfung vorgebrachter Beweise der ersten Instanz durch den oberen Richter bezweckte, sondern in der Regel nur wegen unrichtiger Subsumtion des Falles unter ein Gesetz also wegen irriger Gesetzesauslegung und Anwendung sich beschwerte. Neben der Appellation entstand, ungeachtet die römischen Verhältnisse des Rechtsmittels gar nicht paßten, auch die Supplikation, indem die Canonisten den Pabst dem Kaiser gleichsetzten [12]) und eine retractatio sententiae mit neuen Verhandlungen gestatteten [13]). Neben diesen Ansichten hatte sich auf ganz eigenthümliche Weise das deutsche System der Rechtsmittel fortgebildet. Es kann kaum einem Zweifel unterliegen, daß mit dem Charakter der Volksgerichte die Appellation unverträglich war, weil es schwerlich jemanden einfiel, das ganze Volk eines ungerechten Urtheils zu beschuldigen, weil auch kein höherer Richter und kein geschriebenes Gesetz existirte, auf dessen Verletzung man sich hätte berufen können. Selbst als nicht mehr das ganze Volk sondern Schöffen, jedoch öffentlich und mit Billigung des Umstandes (collaudantibus omnibus) das Urtheil fanden, konnte keine wahre Appellation vorgekommen seyn, weil die Schöffen theils als erkorne Richter, theils im Namen und mit Billigung des Volks Recht sprachen. Die erste Idee von Anfechtung eines Urtheils konnte nur durch das Gottesgericht entstehen, jede Scheltung des Urtheils mußte

11) Duranti spec. lib. II. pars. II. p. 546.
12) Duranti lib. II. p. III. p. 538. Ferrariis prax. aur. p. 435.
13) c. 9. X. de sent. et re. iud. c. 5. X. de rest. in int.

als einen Angriff gegen die Schöffen selbst erscheinen, und bei dem Mangel einer höheren Instanz blieb nur die Berufung auf die Gottheit und ihre Einwirkung bei dem Kampfe übrig; Beaumanoirs [14]) Zeugniß, daß zu seiner Zeit noch die Kampfprobe, die Appellation, entschied, läßt keinen Zweifel, daß die Anfechtung in der fränkischen Zeit [15]) den Kampf zur Folge hatt. Die Ansicht [16]), daß im Falle der Impugnation des Urtheils andere Schöffen beigezogen wurden [17]), wird widerlegt durch die Rücksicht, daß die Ernennung solcher neuen Schöffen nach den Volksansichten hätte sehr schwierig seyn müssen, und daß für das neue Urtheil wieder keine Bürgschaft der Gerechtigkeit Statt gefunden hätte; viel wahrscheinlicher, besonders nach Urkunden der spätern Zeit, wird es, daß im Falle der Anfechtung bei einigen Völkern der Fall an das versammelte Volk im Gaugerichte kam [18]). Andere Stellen [19]) beziehen sich auf den bei dem Mangel schriftlicher Verhandlungen wohl nicht seltenen Fall, daß eine Parthei das ergangene Urtheil nicht anerkannte, und den Inhalt desselben läugnete, daher desselben überwiesen werden mußte; andere Stellen [20]) beziehen

---

14) Beaumanoir coutumes de Beauvoisis chap. 61.

15) Lex Salic. tit. 60. c. 4. s. auch Rogge über das Gerichtswesen der Germanen. S. 91. Hallam geschichtl. Darst. des Zustandes von Europa im Mittelalter. 1. Thl. S. 231.

16) Eichhorn, Rechtsgesch. 1. Thl. §. 80.

17) Nach Lex Aleman. tit. 41. c. 3.

18) Darauf passen die Schlußworte: quia sic convenit duci et omni populo in publico concilio.

19) Lex Ripuar. tit. 59. cap. 7. capitul. ann. 803. c. 10.

20) S. auch die von Montesquieu esprit des lois lib. 28. chap. 28. angeführten.

sich auf den Versuch eine schon abgeurtheilte Sache wieder zu Gericht zu ziehen; andere [21]) berücksichtigen eine Beschwerde wegen Justizverweigerung; die Stellen aber, welche man zum Beweise anführt, daß unter den fränkischen Königen [22]) die Parthei von dem comes an den missus und von diesem an den König appelliren konnte, beziehen sich nicht auf entschiedene Prozesse, sondern auf Aussprüche dieser Beamten in Verwaltungssachen [23]). — Während zwar noch im XIII. Jahrh. in Frankreich die Anfechtung des Urtheils durch Kampf fortdauerte, erhielt die Appellation schon eine andere Ansicht; in der Feudaleinrichtung galt die Anfechtung des durch die Vasallen gesprochenen Urtheils zwar häufig als Beleidigung des Lehensherrn [24]), während sich doch in gewissen Fällen die Ansicht bildete, daß man von dem Urtheile der Vasallen sich an den Lehensherrn selbst wenden könne; auf diesem Wege kam man in der Feudalinstanz allmählig zum Regenten als den Oberlehnsherrn, und als Vorwände hiezu galten die Behauptungen wegen verweigerten Rechts oder daß der erste Gerichtshof nicht hinreichend besetzt

---

21) Meyer esprit origine et progrès des instit. judic. vol. I. p. 457.

22) Capit. lib. II. cap. 26. u. Capit. Ludov. Pii 829. cap. 14. S. Eichhorns Rechtsgeschichte. §. 164.

23) S. Meyer esprit vol. I. p. 466. not. S. versch. Ansichten über Appellationen in der ältesten Zeit in Boehmer de provocat. jur. germ. in elect. jur. civ. tom. II. Nro. II. cap. 1. Grupen discept. for. p. 529. Wiarda Gesch. des salischen Gesetzes. S. 218.

24) S. selbst établissemens de St. Louis lib. II. cap. 15. s. bes. Mignet de la feudalité, des institutions de St. Louis. Paris 1822. p. 113—19.

gewesen sey [25]); so daß allmählig die von den Regenten zur Schwächung der Macht des Adels begünstigte Sitte des Appellirens an den König oder seine Gerichte immer allgemeiner wurde. — In Deutschland führen die Rechtsbücher [26]) auf einen Unterschied hin, in so ferne bei den Sachsen derjenige, welcher das Urtheil schalt, einen Kampf gegen die bisherigen Schöffen unternehmen mußte, um das von ihm und seinen Genossen gefundene Urtheil aufrecht zu erhalten [27]), während bei den Schwaben (daß dies Stammeseigenthümlichkeit in Süddeutschland war, beweisen Urkunden) der Appellant an ein höheres Gericht sich wendete. Am wichtigsten wurde die Berufung an die Oberhöfe, bei welchen nur zwei Arten von Berufungen zu trennen sind; 1) eine, wenn die Schöffen des ersten Gerichts den Fall zu schwierig fanden, und nun um Rechtsbelehrung bei dem Oberhofe baten, und deswegen Gerichtsschöppen als Bothen an den Oberhof absendeten [28]); 2) die andere, wenn das Gericht das Urtheil gesprochen und eine Parthei dasselbe gescholten hatte, in welchem Falle das Faktum gewöhnlich kurz aufgeschrieben, und von Bothen des Gerichts an den Oberhof gebracht wurde, bei welchem die Partheien sich einfanden und vortrugen, während der Schöffe des ersten Gerichts das gefundene erste Urtheil zu vertheidigen suchte [29]). Jede Urtheils-

---

25) Meyer esprit, origine et progrès etc. vol. III. chap. 19.
26) Sachsenspiegel. 11. 12.
27) S. zur Erläuterung Hauschild Gerichtsverf. der Teutschen. S. 152. Kopp hessische Gerichtsverf. 1. Thl. S. 487.
28) S. darüber Dreyer Einl. in die lüb. Verordn. S. 262.
29) S. viele Notizen in Bodmann rheingauische Alterthümer. S. 664 — 75.

scheltung mußte übrigens, ehe das Gericht auseinanderging, stehenden Fußes und laut geschehen [30]; der Appellant, wenn er verlor, mußte den ersten Schöppen Buße geben und Abbitte thun, so wie die Schöppen, wenn das Urtheil reformirt wurde, dem Appellanten Buße geben mußten [31]. In den sächsischen Gegenden hatte aus der alten Sitte, das Urtheil bei dem nämlichen Richter zu schelten, wo nach dem Verschwinden des Kampfes neue Schöppen eintraten, sich ein nicht devolutives Rechtsmittel der Leuterung ausgebildet [32]. Neben den in deutschen Gerichten üblichen Formen bildeten sich aus dem alten Richteramt der Pfalzgrafen aus der Auflösung der Gauverfassung und der Reichsvogteien die kaiserlichen Land- und Hofgerichte [33] aus, bei welchen schon mehr römische und geistliche Formen Eingang fanden, während das 1495 entstandene Reichskammergericht die Idee von Berufungen nach römischen Formen begründete. In den einzelnen Territorien entstanden Hof- oder Kammergerichte [34],

30) An manchen Orten symbolisch z. B. durch Werfen des Huts oder der Mütze vor der Füße der Schöppen; s. Emerich Frankenberg, gewöhnl. in Schminke Mon. hass. II. Thl. p. 797.

31) Kopp hess. Gerichtsverf. I. Thl. S. 488.

32) Zuerst 1488 in der leipziger Oberhofgerichtsordn. erwähnt das; s. über die Geschichte. Kind de originibus leuterationis. Lips. 1787. und Müller Gesch. und Verf. der Rechtspflege und Prozeßform. S. 118. und über Geschichte der nicht devolutiven Rechtsmittel überh. Boehmer in elect. jur. civ. tom. II. Nro. II. §. 9.

33) S. Scheidemantel Repertorium des Staatsr. II. Thl. S. 465. III. Thl. S. 77. Eichhorns Rechtsgeschichte. II. Thl. S. 295.

34) S. von der Mark Brandenburg, Hymen Beitr. zur

bei denen das Verfahren völlig dem reichskammergerichtlichen nachgebildet wurde. Die ehemaligen Oberhöfe verwandelten sich allmählig in wahre Appellationsgerichte [35]) und das kammergerichte Verfahren mit den aus dem röm. und canon. Rechte bekannten Rechtsmitteln ging in die Obergerichte über [36]), so daß das bunteste Gemische entstand. Aus dem gleichfalls bei den Reichsgerichten anfangs und in der Praxis versuchten Supplikation [37]) ging bei dem Kammergerichte die Revision [38]) und bei dem Reichshofrathe die Supplikation hervor [39]). In den einzelnen Landesgerichtsordnungen aus dem Anfang des XVI. Jahrh. ist die Appellation schon als das regelmäßige Rechtsmittel ganz nach römischer

---

jur. Lit. in d. preuß. Staaten. II. Bd. S. 246. Von Sachsen, s. Mäler Gesch. und Verfassung. S. 142. Hellfeld Versuch einer Gesch. der landesherrl. höchsten Gerichtsbark. u. deren Hofgerichte in Sachsen. Jena 1781 S. 111. Weiße Gesch. v. Sachsen. I. Thl. S. 134. Von Hannover, Grupen discept. for. p. 538 — 93. Von Coburg, Schultes Coburg. Landesgesch. II. Thl. S. 144. Von Meklenburg, v. Kamptz in Beitr. zum meklenb. Staats- und Privatr. III. Thl. Nro. IX. Von Hessen, Kopp hess. Gerichtsverf. I. Thl. S. 291.

35) Dreyer Einl. in der lübeck. Verordn. S. 265.

36) S. Beispiel des wörtlichen Uebereinstimmens der ältesten sächs. Oberhofgerichtsordnung mit der Kammergerichtsordn. in Hellfeld Versuch einer Gesch. d. landesh. Ger. S. 129.

37) Alciat Comp. judic. proc. p. 268. auch Termineus proc. jur. script. cap. 51. p. 190.

38) Cammergerichtsordn. v. 1555. III. 53. schon Reichsabsch. v. 1524. §. 3. Es war auch öfter der Antrag gemacht worden, die Revision abzuschaffen, s. Neurode gegenw. Verf. des hl. röm. Reichs. II. Thl. S. 500.

39) Neurode, l. c. S. 501.

und canonischer Form anerkannt [40]), obwohl in manchen Statuten [41]) altdeutsche Formen z. B. der Appellation stehenden Fußes beibehalten sind.

Aus diesen Elementen ging das in den verschiedenen deutschen Staaten geltende System der Rechtsmittel hervor. Neben der Appellation die das ordentliche Rechtsmittel überall blieb, gab es ein unter barbarischen Namen vorkommendes Heer von Rechtsmitteln, die aus der römischen Supplikation oder der deutschen Leuterung floßen. In Sachsen galt als ordentliches suspensives aber nicht devolutives Rechtsmittel die Leuterung fort, und erzeugte dazu noch die Oberleuterung [42]).

In Meklenburg bildete sich seit dem 16ten Jahrhundert ein nicht devolutives, und nicht mit der gemeinrechtlichen restitutio ob nova zu verwechselndes Rechtsmittel (ohne Rücksicht auf nova) unter dem Namen: Wiedereinsetzung in den vorigen Stand aus [43]) zu welchem in neuerer Zeit noch die Repräsentation [44]) kam. In Hannover entstand als nicht devolutives Rechtsmittel

---

40) Freiburger Statut. v. 1520. Fol. XXIII. Henneberger Landesordn. v. 1539. II. Buch. 6. Titel.

41) S. Langensalzner Statuten v. 1556. Art. 39. in Walch Beitr. zum deutschen R. VII. Thl. S. 310. Baier. Gerichtsordn. v. 1516. Tit. 10. S. noch Cölnische reform. judic. proc. v. 1570. (in Statuta u. Concord. der freien Stadt Cöln) Fol. 170.

42) S. Biener systema processus iudiciarii §. 184. — Kori Theorie des sächsisch bürgerl. Proz. I. Thl. §. 141 — 151.

43) S. Kampß Beiträge zum Meklenburgischen Staats- und Privatr. VI. Thl. Nro. 25; v. Nettelbladt, in der Ausgabe des Meklenburgischen Civilproz. §. 201 — 207.

44) v. Nettelbladt Handbuch §. 211.

die Supplikation [45]) und in einigen Gegenden [46]) blieb die Leuterung stehen. In Baden kannte die Obergerichtsordnung [47]) eine ordentliche und eine summarische Appellation, eine Revision, eine Superrevision und eine Superappellation. In den meisten Orten war noch das Verhältniß dieser Rechtsmittel zu einander nicht genau bestimmt, so daß gewöhnlich mit glücklichem Erfolge die Anwendung der verschiedenen Mittel versucht werden konnte, und jeder Sieger durch ein Labyrinth von Instanzen sich durchwinden mußte. Von den deutschen Gesetzgebungen des vorigen Jahrhunderts gebührte der baierischen von 1753 [48]) das Verdienst, die Zahl der Rechtsmittel weise beschränkt zu haben, es gab nur Appellation und Revision als ordentliche Rechtsmittel, wovon jedes nur einmal gebraucht werden konnte. Nicht weniger bestimmt hatte die preussische Gesetzgebung [49]) die vielen Rechtsmittel nur auf zwei, die Appellation und Revision, beschränkt. Die Appellation erhielt ihre würdige Ansicht, das Verfahren in erster Instanz war schon so umsichtig und vollständig organisirt, daß jede Parthei vertrauensvoll schon das erste Urtheil als ein gerechtes erwarten durfte, und die Appellation blieb nur als ein ausnahmsweise das Urtheil höherer Prüfung unterwerfendes Mittel stehen. Von den neuen Gesetzgebungen hat aber keine so sehr die Rechtsmittel

45) Oesterlei Handb. des hannöv. Prozesses. II. Thl. S. 376.

46) Z. B. in Lüneburg, im Lauenburgischen, Lande Hadeln, s. Oesterlei S. 384.

47) Kurbadensche Obergerichtsordn. v. 1803. §. 124. 149. 178. 187. 203.

48) Cod. Jud. cap. XV. XVI.

49) Gerichtsordn. tit. XIV. XV.

beschränkt, als es die französische gethan hat. Schon das Gesetz von 1790 [50]) erkannte den Grundsatz, daß nur zwei Instanzen bestehen sollten und das geltende Gesetzbuch bleibt dem Satze treu [51]).

Es giebt (weil, wie sich unten ergeben wird, die Cassation kein wahres Rechtsmittel ist) nur ein ordentliches Rechtsmittel, das der Appellation, das gegen das nämliche Urtheil nur einmal ergriffen werden kann, und von friedensgerichtlichen Urtheilen an das Tribunal erster Instanz, von Aussprüchen dieses Tribunals an den Appellationshof geht. Diese Beschränkung ist in neuerer Zeit vielfach getadelt und eben so von anderen vertheidigt worden. Die Bundesakte [52]) scheint durch Anerkennung des Rechts jedes Unterthanen auf drei Instanzen den Streit für Deutschland beendiget zu haben. Man hat den Beweis versucht [53]), daß nach der deutschen Verfassung dies Recht immer bestanden habe; allein der Beweis möchte schwierig seyn, wenn man erwägt, daß so lange Schöffengerichte existirten, immer nur nach den alten Zeugnissen eine Berufung an den Oberhof vorkam, daß selbst die Hofgerichte nicht Obergerichte [54]) im heutigen Sinne, sondern privilegirte Gerichte für den Adel und Schriftsäßige waren,

---

50) Loi 1.er mai 1790 u. arr. cass. 4. pluv. an. X. 30. frim. XI.

51) Code de proc. 1. Thl. libr. III. art. 443. — Berriat St. Prix. II. p. 358. — Carré traité et questions t. II. p. 1 etc.

52) Deutsche Bundesakte Art. 12.

53) Gönner, Handbuch des gem. Proz. III. Bd. S. 18. und eine Schrift über das uralte Grundverfassungsrecht deutscher Reichsunterthanen auf drei Gerichtsinstanzen. Frankf. 1814.

54) Sehr unhistorisch ist es, wenn man die ehemal kaiserlichen Land- und Hofgerichte als Mittelgerichte darstellen will, da sie wahre kaiserliche Untergerichte waren.

welche von den übrigen Gerichten nicht Recht nehmen wollten, daß auch die allmählig und sehr spät entstandenen jetzigen Gerichte dritter Instanz (z. B. Oberhofgerichte oder Revisionsgerichte) ihrer Errichtung nach nur zweite Instanzgerichte für Privilegirte waren und erst später von den übrigen Unterthanen benützt wurden, daß selbst die Reichsgerichte für alle Territorien keine Gerichte dritter Instanz seyn konnten [55]), weil viele Gegenden das privil. de non appellando erworben hatten. Erst später als die Ansicht der Obergerichte nach ihrer ursprünglichen Bedeutung unterging, und der deutsche Prozeß schleppender wurde, als die Theorie der tres conformes sich fester begründete, bildete sich die Ansicht von der Nothwendigkeit von drei Instanzen aus. Wie wenig selbst bei der Reichsverfassung der Satz: daß in jeder Sache drei Instanzen seyn müßten, je praktisch gegolten hat, beweiset die Erwägung, daß es schwerlich einen Staat gab, in welchem nicht wegen der Appellationssummen der Gebrauch der Rechtsmittel beschränkt gewesen wäre, und es darf selbst nicht vergessen werden, daß mehrere Stände mit Mühe sich das Privilegium verschafften, in erster Instanz sogleich vor den Obergerichten belangt zu werden. Betrachtet man auch dies Recht auf

---

55) Wenn es in der Kammergerichtso. v. 1555 II. Thl. Tit. 1. §. 1. heißt: daß die Unterthanen bei ihren ordentlichen Gerichten belassen, und in erster Instanz nicht an das Cammergericht gezogen werden sollen, so folgt daraus nicht, daß die Sache in dritter Instanz immer an das Cammerg. kommen konnte. Die Stelle im II. Thl. Tit. 1. §. 2. und Tit. 26. bezieht sich auf die verweigerte Justiz, wo der Begriff eine Instanz in Bezug auf Rechtsmittel nicht paßt.

drei Instanzen genauer [56]), so steigen bedeutende Zweifel auf. Soll die wiederholte Prüfung eines Urtheils durch einen höheren Richter eine Beruhigung für die Partheien und ein Mittel mögliche Irrthümer des ersten Richters zu berichtigen, gewähren, so sucht man vergebens einen Anhaltspunkt für die Beruhigung und man kömmt selbst consequent zur Vervielfältigung der Instanzen ins Unendliche. Nimmt man drei Instanzen an, und setzt den Fall, daß die zweite Instanz das erste Urtheil bestätigt, das Gericht dritter Instanz aber den Spruch der zweiten Instanz reformirt, so bedarf es doch einer sehr starken Präsumtion, um zu glauben, daß nur bei dem höchsten Gerichte die Weisheit ruhe; das Volk wird erwägen, daß die Meinung von zwei Gerichten hier gegen die eines Gerichts streitet, und der unbefangene Verstand wird eher glauben, daß das Recht da seyn müsse, wo die meisten Stimmen hinfielen [57]).

Will man es in dem Falle, daß die dritte Instanz das Urtheil der zwei ersten Instanzen reformirt, dabei belassen, so scheint man hart gegen denjenigen zu seyn, welcher die Meinung von zwei Gerichten für sich und nur die von einem gegen sich hat [58]), man müßte daher noch eine vierte Instanz zulassen; stimmt aber die vierte der dritten bei, so steht das Zünglein in der Waage still und es ist erst noch

---

56) S. auch Falk in den Kieler Beiträgen. 1821. 2ter Bd. S. 262 ꝛc.

57) S. auch Bellot exposé des motifs de la loi sur la procédure civile pour le Canton de Genève. p. 221.

58) S. geistreiche Bemerkungen in der Sitzung der Bundestagsversammlung v. 21. Februar 1822 in den Bundestagsprotokollen. XIII. Bd. S. 181.

problematisch, auf wessen Seite die Wahrheit ist; es müßte also jetzt erst eine fünfte Instanz zugelassen werden: Schwerlich möchte daher aus allgemeinen Gründen das Recht auf drei Instanzen vertheidigt werden können, und die Autorität einer dritten und letzten Instanz kann nur in dem Bedürfnisse, ein Ende des Streits durch einen kategorischen Ausspruch herbeizuführen, liegen, oder in der aufgestellten Präsumtion, daß im Obergerichte die trefflichsten und tüchtigsten Juristen sich befinden werden, oder in der überwiegenden Zahl der Richter der letzten Instanz, im Verhältnisse zu den schwächer besetzten Gerichten der ersten und zweiten Instanz. Ob die Vermuthung der ersten Art nicht eine Beleidigung gegen die Richter unterer Instanzen und selbst gegen das Volk enthält, wagt der Verfasser nicht zu entscheiden; was aber die Zahl betrifft, so möchte in manchen Ländern nicht schwer zu beweisen seyn, daß nicht selten die geringere Richterzahl im Oberappellationsgerichte im Verhältnisse der in den zwei ersten Instanzen urtheilenden Richter zusammen sich befanden. Daß auch der Bundestag das Recht auf drei Instanzen nicht so verstand, daß in jeder Sache jede Parthei drei Instanzen haben müsse, daß vielmehr jedem Staate die Beschränkung der Rechtsmittel nach bestimmten Vorschriften zustehe, ist sehr weise in neuester Zeit entschieden worden [59]). Am wenigsten aber läßt es sich rechtfertigen, wenn in einem Lande, welches ein Oberappellationsgericht hat, in einigen Fällen [60]) gegen das Urtheil des Oberappellationsgerichts ein Rechtsmittel zuge-

59) S. Beschluß vom 14. März 1822, in dem Bundestags-Protokoll. XIII. Bd. S. 215.

60) Z. B. in Meklenburg. Oberappel.-Gerichtso. §. 77. 82.

lassen wird; das Ansehen des obersten Gerichtshofes, der es dann nur dem Namen nach seyn wird, muß durch eine solche Einrichtung nothwendig untergraben werden [61]).

Das Instanzenrecht steht noch im genauen Zusammenhange mit dem durch Mißverständnisse des römischen Rechts [62]) veranlaßten, von älteren Praktikern vertheidigten, jedoch schon bei dem Reichsgerichte [63]) nicht angenommenen, in Landesgesetze aber übergegangenen und vielfach mißbrauchten [64]) Satze, daß jede Parthei solange Rechtsmittel ergreifen dürfe, bis drei gleichförmige Urtheile gegen sie ergangen wären, ja man begnügte sich damit nicht, sondern forderte selbst drei ununterbrochene auf einander folgende Urtheile; bis diese zu erhalten waren, durften Rechtsmittel versucht werden, so daß oft kein Ende des Prozesses zu erwarten war. Wenn auf einer Seite diese Einrichtung die traurigsten Folgen für die Rechtssicherheit haben mußte; so war sie auf der anderen,

---

61) S. auch Bornemanns Beiträge zur Verbesserung des Appellations-Verfahrens S. 55.

62) l. un. Cod. ne liceat in una caus. test. provoc. siehe Danz Grunds. des ordentl. Proz. §. 422.

63) S. Gail observ. lib. I. observ. 72 n. 3. Mynsinger centur. I. observ. 15. Riedesel Vorträge an den vollen Rath des Kammergerichts S. 167, und Verhandlungen in Meiern act. comit. ratisbon. t. II. p. 150, 200, und S. 441.

64) Es ist dem Verfasser der Fall bekannt, daß in einem deutschen Lande, wo der Satz galt, daß appellirt werden dürfe, solange, bis drei aufeinander ununterbrochen folgende Sentenzen vorhanden wären, solange fort Rechtsmittel ergriffen wurden, bis endlich die Regierung an den Landesherrn berichten mußte, daß jetzt kein Spruchcollegium mehr existire, an welches die Akten versendet werden könnten.

die bitterste Satyre der drei Instanzen und enthielt das Geständniß, daß, wenn man einmal mit zwei Instanzen sich nicht begnügte, consequent ins Unendliche fort Rechtsmittel erlaubt werden müßte. — Die neueren Gesetzgebungen haben das Streben von dem Vorurtheile sich loszumachen, obwohl nicht auf gleichförmige Weise. Die sächsische Jenaische Oberap. G. O.[65]) gestattet, sobald durch Leuterungen auf jeder streitenden Seite zwei gleichförmige Erkenntnisse vorliegen, keine weitere Leuterung; wenn eine Parthei bei Berufung an das Oberap. G. nur zwei aber gleichförmige Erkenntnisse gegen sich hat, so kann sie verlangen, daß, statt an das Oberap. G., die Akten an eine auswärtige Fakultät versendet werden; reformirt diese das Urtheil, so gelangt erst die Sache noch an das Oberap. G. In Gotha und Altenburg ist dagegen verfassungsmäßig beibehalten, daß die Partheien solange Rechtsmittel ergreifen dürfen, bis drei gleichförmige Erkenntnisse vorhanden sind. Die Zerbstische Oberap. G. O.[66]) greift zwar in die bisherige Verfassung wegen zwei oder drei gleichförmigen Urtheilen nicht ein, bestimmt aber doch wenigstens, daß darauf, ob die Urtheile ununterbrochen oder unterbrochen folgten, nichts mehr ankommen soll. Die Meklenburgische Oberap. O.[67]) gestattet kein

---

65) Provisor. Ordnung des gemeinschaftl. Oberappellationsger. zu Jena vom 20. Dez. 1816, §. 13, 15, 31 a. Wie schwierig selbst die Frage oft wird: in wie ferne zwei Urtheile als völlig gleichförmig zu betrachten sind, s. Kori Theorie des sächs. bürgerl. Proz. S. 304, Not.

66) Gesetzl. Vorschriften, die Competenz des gemeinschaftlichen Oberappellationsgerichts zu Zerbst vom 16. Sept. 1817, §. 24.

67) Oberappellations-Gerichts-Ordnung vom 1. Juli 1818, §. 41, Nro. 7.

Rechtsmittel mehr, wenn schon drei conforme Urtheile in der Sache vorhanden sind, sie mögen unmittelbar hinter einander gesprochen seyn oder nicht. Das Anhalt Dessauische Gesetz[68]) bestätigt das Prinzip der drei gleichlautenden Urtheile, fordert aber nicht, daß sie unmittelbar auf einander folgen. Das königl. sächsische Mandat[69]) spricht aus, daß durch zwei in der Appellations-Instanz gleichförmig gesprochene Sentenzen, ohne Rücksicht, ob sie unmittelbar gefolgt, jede Sache beschlossen seyn soll. Vergleicht man gegen solche Aussprüche die Gesetze anderer deutschen Staaten, erfährt man, daß Baiern von jeher höchstens nur drei Instanzen kannte, und ohne Rücksicht, ob die Urtheile gleichförmig waren oder nicht, die Revision zuließ, daß in Oesterreich[70]) das Rechtsmittel der Revision nicht Statt hat, wenn die zweite Instanz das erste Urtheil bestätigte, daß das preußische Gesetz[71]) Revision, wann die zwei Erkenntnisse gleichlautend sind, nur bei Objecten, welche 200 Thaler oder mehr betragen, zuläßt, daß die nassauische Prozeßordnung[72]) auf ähnliche Art beschränkt und daß endlich der französische Prozeß nur zwei Instanzen kennt, hört man das Zeugniß der Erfahrung darüber, daß auch in den Staaten, in welchen die Rechtsmittel auf diese Art beschränkt sind, die Rechtspflege auf eine zweckmäßige Weise ausgeübt wird, und daß gar keine Vermehrung der Rechtsmittel

---

68) Erläuterungen, Veränderungen und Zusätze zu einigen Titeln der Anhaltischen Landes- und Prozeßordnung vom 10. Juli 1822, zum XV. Titel. §. 4. S. 133.

69) Vom 13. März. 1822, §. 23.

70) Gerichtsordnung §. 260.

71) Gerichtsordnung Tit. XV. §. 2.

72) Prozeßordnung vom 23. April 1822, §. 99.

verlangt wird, so kann die Erörterung der Frage über die Instanzenzahl nicht überflüssig scheinen. Hochgeachtete Schriftsteller, z. B. von Gönner [73]), von Reibnitz [74]) haben entschieden sich für die Einrichtung ausgesprochen, daß wenn zwei gleichförmige Erkenntnisse der ersten und zweiten Instanz vorhanden wären, kein weiteres Rechtsmittel zulässig seyn soll, welches dagegen dann eintreten sollte, wenn das zweite Urtheil das erste reformirt. Nur Bornemann [75]) hat in neuerer Zeit das, wie er meint, vortreffliche Prinzip: daß erst drei gleichlautende Urtheile der Sache ein Ende machen, vertheidigt, vorzüglich auf die nothwendige Stimmenmehrheit im Verhältniß sämmtlicher Richter, welche in der Sache urtheilten, mit Berufung auf die häufig kleine Richterzahl im Oberappellationsgerichte, und auf den Umstand, daß in einem Collegio oft eine kleine Stimmenzahl Majorität bilden kann. Wenn man auch zugeben will, daß ein Oberappellationsgericht immer mit mehr Richtern besetzt seyn soll, als die Gerichte der übrigen Instanzen, so kann man doch nicht das Verhältniß der Stimmenmehrheit nach der Zahl sämmtlicher in verschiedenen Gerichten in der Sache votirenden Richter berechnen, indem in jedem Collegio den Richtern andere Darstellungen und Vorträge der Partheien (vorzüglich wenn Nova zugelassen werden) vorliegen, überall eine andere Berathung der-

---

73) v. Gönner Motive zum Entwurfe eines Prozeßgesetzbuchs S. 834, s. jedoch S. 836.

74) v. Reibnitz Versuch über das Ideal einer Gerichtsordn 1. Thl. S. 233.

75) Beitr. zur Verbesserung des Appellationsverf. S. 46 – 54

Abstimmung vorhergeht, so daß man nicht die Stimmen der Richter zweiter Instanz zu denen der Richter des ersten Gerichts hinzuzählen darf, vielmehr das Urtheil jedes Gerichtshofs als eine in der Sache ergangene Stimme ohne Rücksicht, wie das Urtheil entstand, ansehen muß. Bei der Frage über Instanzenzahl kann nun blos die Rücksicht entscheiden, daß sowohl dem Staate als den Partheien die Beruhigung gegeben werden könne, daß ein gerechtes Urtheil gefällt worden sey. Hiezu aber reicht es hin, wenn nur der Ausspruch eines Gerichts nicht isolirt dasteht, wenn daher ein zweites vom ersten völlig unabhängiges Kollegium den Ausspruch des Ersten auch dann bestätigt, nachdem die Partheien Gelegenheit hatten, die Gründe des ersten Urtheils zu widerlegen und vollständig ihre Sache noch einmal vorzutragen, so daß die Ueberzeugung begründt werden darf, daß das zweite Gericht alle Gründe für und wider vollständig kannte, und seine Berathung daher umsichtig war. Daraus folgt die Zweckmäßigkeit der Einrichtung, daß in allen Fällen, in welchen das erste Urtheil von der zweiten Instanz bestätigt wird, kein weiteres Rechtsmittel, dagegen eine Berufung an die dritte Instanz dann gestattet werde, wenn das zweite Urtheil das erste reformirte. Nicht unberücksichtigt darf aber bleiben, daß die Instanzenzahl auch mit der Organisation der Untergerichte zusammenhängt. Sind diese Gerichte freilich mit administrativen und polizeilichen Geschäften überladen, stehen nur Einzelnrichter ihnen vor, oder ist die sogenannte Collegialverfassung der Untergerichte nur eine Form ohne Gehalt, so würde die Versagung der dritten Instanz eine Ungerechtigkeit seyn, vorzüglich wenn man die Urtheile der Untergerichte nicht als Urtheile, sondern nur als

Versuche [76]) betrachten will, in welchem Falle die Parthei erst ein Urtheil gegen sich hätte, wenn in zweiter Instanz das untergerichtliche bestätigt würde, so daß man selbst zu einer vierten Instanz consequent gelangen müßte. Ist dagegen jedes Untergericht ebenso collegialisch und mit völliger Trennung der Administration von der Justiz organisirt, findet eine ebenso vollständige Verhandlung wie bei einem Obergerichte Statt, erhalten die Gerichte eine Organisation, wie die Tribunale erster Instanz in Frankreich, so wird gegen die Zweckmäßigkeit des obigen Vorschlags nichts einzuwenden seyn.

Nicht weniger als die Instanzenzahl war von jeher die Beschränkung der Rechtsmittel nach gewissen Summen ein Gegenstand des Streits. Wenn zwar denjenigen, welche überall keine Summen entscheiden lassen wollen [77]), zugegeben werden muß, daß der Werth der Sache und die Summe nicht in den Augen des gerechten Richters entscheiden dürfe, daß bei einer geringfügigen Sache, die Gefahr eines ungerechten Urtheils ebenso groß seyn kann, wie bei einer Streitsache von Millionen, daß nicht selten ein Prozeß, der wenige Thaler betrifft, eben so viele Schwierigkeiten und juristische Controversen, als ein Rechtsstreit um große Summen, darbieten kann, wenn es wahr ist, daß für den Armen wenige Thaler oft mehr werth sind, als für den Reichen Hunderte, daß endlich die Bestimmung des Daseyns der Appel-

---

76) S. darüber den zweiten Beitrag dieser Schrift S. 11.

77) S. Vorst Grundlinien für eine vernünftige Gesetzgebung des Civilproz. S. 120. Sibeth Kritik des gemeinen und Meklenburg. Proz. 11. Heft, S. 48. Bellot exposé des motifs sur la loi de procédure p. 186. Globig censura rei iudic. forens. vol. II. p. 228.

lationssumme, nicht selten neue Streitigkeiten veranlaßt, so muß man doch nach Erwägung der menschlichen Verhältnisse für die Beibehaltung der Appellationssummen sich erklären [78]).

Schon ältere deutsche Prozeßordnungen des XVI. Jahrhunderts [79]) kennen diese Beschränkungen, alle Partikular-Prozeßgesetzgebungen bestätigen sie [80]) und neue Gesetzgebungen behalten sie bei, z. B. die preußische [81]), nassauische [82]), meklenburgische [83]), würtenbergische [84]).

Erwägt die Gesetzgebung nur die Regel und nicht seltene Ausnahmen, berücksichtigt sie in den letzten die

---

78) S. auch Gönner Motive zum Prozeßentwurfe S. 830. Reibnitz Versuch über das Ideal einer Gerichtsordnung. 1. S. 240.

79) S. hessische Hofgerichtsordn. von 1500 Tit. von Appellation. S. Kopp hess. Gerichtsverf. II. Thl. S. 216 in Not. Freiburger Statuten von 1520, fol. 23. Henneberger Landesordn. von 1539, II. Buch 6. Tit. §. 1.

80) S. von Baiern Cod. Jud. bav. cap. XV. §. 3. Unter 50 fl. darf gar nicht an die zweite Instanz, unter 300 fl. nicht bei zwei gleichförmigen Urtheilen, sonst nicht unter 100 fl. an die dritte Instanz appellirt werden. Von Sachsen siehe Kori Theorie S. 276, ebenfalls gewöhnliche Summe 50 fl. Von Baden s. Obergerichtsordn. von 1803. §. 124, 127, 149.

81) Gerichtsordn. Tit. XIV. Unter 30 Thlr. gar nicht Appellation, unter 100 Thlrn. oder 200 bei zwei conformen Urtheilen nicht Revision.

82) Nach Nassau. Prozeßo. von 1822. §. 100. 50 fl. bei Appell an die zweite, und 100 fl. an die dritte Instanz.

83) Kamptz Mecklenburg. Civilprozeß S. 362. Verschieden 10, oder 30, oder 200 Thlr.

84) Würtemberg. Edikt von 1818. §. 152. Appellation bei Beschwerden über 50 fl.; es entscheidet aber die Summe gar nicht, wenn das Object, so gering es seyn mag, das ganze Vermögen einer Parthei ausmacht.

Nothwendigkeit, daß auch der Einzelne hier wie in anderen Fällen einen dem Wohle des Ganzen nothwendiges Opfer bringe, betrachtet sie die Personen, unter welchen solche Streitigkeiten vom geringen Werthe vorkommen, und die Einfachheit der Verhältnisse, in welchen diese geringfügigen Streitigkeiten entstehen, macht sie die zweckmäßige Ausnahme, daß bei allen unschätzbaren Sachen keine Summe entscheidet, und hat sie die Forderungen der Mehrzahl der Bürger vor Augen, so muß die Beschränkung der Rechtsmittel nach Summen als nothwendig vertheidigt werden, jedoch nur unter zwei Voraussetzungen: 1) daß schon die Gerichte erster Instanz collegialisch und so organisirt sind, daß vor ihnen eine vollständige Verhandlung wie vor den Obergerichten Statt finden, und daher ein gerechtes Urtheil erwartet werden kann; 2) daß in gewissen Fällen wegen der Beschaffenheit der Beschwerde ohne Rücksicht auf die Summen Rechtsmittel ergriffen werden dürfen. Die erste Rücksicht führt zu der Betrachtung, daß eine Abschneidung der Appellation wegen geringer Summen sich nicht in Ländern rechtfertigen lasse, in welchen die Untergerichte nur aus einem Beamten bestehen, nicht blos Justizbehörden sind, und nur auf eine gewöhnlich sehr magere mündliche Verhandlung entscheiden müssen; die Forderung, daß die Partheien mit den Urtheilen solcher Gerichte [85]) sich begnügen müssen, deren Urtheile der Staat ja selbst nur als Versuche betrachtet, heißt den Bürgern in den einfachen Fällen die Justiz verweigern. Aus diesem Grunde verdient auch die fran-

---

85) S. auch Hurlebusch Beiträge zur Civil- und Criminalgesetzgebung. II. Heft. S. 112.

zösische Verfassung Tadel, welche in gewissen[86]) Fällen in erster und letzter Instanz Friedensgerichte entscheiden lassen, welche selbst im Sinne der französischen Gesetzgebungen nicht als wahre Gerichte betrachtet werden können.[87]). Die zweite Rücksicht verlangt, daß auch in der geringfügigsten Sache eine Appellation gestattet werde, a) so oft das Gericht bei Instruktionshandlungen oder bei der Entscheidung nicht mit der gesetzlichen Richterzahl besetzt war, b) so oft in der Verhandlung eine unter Strafe der Nichtigkeit vorgeschriebene Form versäumt wurde, c) wenn der Appellant zwischen dem klaren Text des Gesetzes und dem Inhalt des Urtheils, einen Widerspruch nachweisen kann[88]).

Auf ähnliche Weise hat man von jeher in der Beschaffenheit der Sachen und der Urtheile einen Grund der Beschränkung der Rechtsmittel gefunden[89]). Einige dieser Fälle, z. B. Verhöre zum ewigen Gedächtniß, Inhäsivbescheide, Deklaratorien unterliegen keinem Zweifel, weil sie keine der Rechtskraft fähige Verfügung enthalten, andere, z. B. Polizei- und Administrationssachen gehören nicht hie-

---

86) S. oben zweiter Beitrag dieser Betrachtungen S. 23 in Sachen unter 50 Franken; noch schlimmer ist's, wenn, wie in Rheinpreußen, die Summe auf 20 Thaler erhöht worden ist.

87) S. noch Meyer esprit, origine et progrès des institutions. vol. V. p. 368.

88) S. auch Code de procédure de Génève, art. 304. Bei dem dritten Falle möchten jedoch aus den unter §. IV. V. anzugebenden Gründen Zweifel obwalten.

89) S. von Sachsen Kori Theorie des sächs. Proz. §. 159. von Meklenburg. Meklenb. Ober-A. G. O. §. 41. Bremische Gerichtso. § 490. Weimar. Ober-A. G. O. §. 20, 22. Zerbster Ober-A. G. O. §. 16, 17.

her, weil sie keine Prozeßsachen sind; aber man rechnet zu den inappellablen Fällen auch einige, bei welchen Zweifel nicht unterdrückt werden können, z. B. Injuriensachen, wenigstens in so ferne als nicht an die dritte Instanz appellirt werden darf, wenn die Sache zwischen nicht schriftsäßigen Personen verfällt [90].

In neuerer Zeit ist die Versagung der Appellation in solchen Fällen durch die Behauptung gerechtfertigt worden [91], daß die geringsten Rangklassen der bürgerlichen Gesellschaft für die Angriffe der Ehre minder empfindlich, der daraus erwachsende Aerger vorübergehender ist, und alles nur darauf ankömmt, daß die Zänkerei ein Ende habe. Wenn man auch zugeben will, daß die ganze Gesetzgebung über Injurien einer Reform bedürfe, daß die actio aestimatoria am besten ganz aufgehoben werden soll, so muß man doch nach den jetzigen Ständemischungen, wo der Bauer und Bürger wie der Schriftsäßige volle bürgerliche Ehre genießt, und jeder Auszeichnung fähig ist, keinen Unterschied der Injuriensachen nach den Ständeklassen machen und die Appellation, wenn man sie dem beleidigten Schriftsäßigen zugesteht, nicht dem Manne geringeren Standes entziehen. Am richtigsten wird es die Zulässigkeit der Appellation gegen die im Laufe des Prozesses ergehenden Erkenntnisse richtig zu bestimmen. Es ist bekannt, daß das römische Recht [92] nur eine Appellation gegen Definitiverkenntnisse

---

90) S. Preuß. Gerichtsordn. Tit. XXXIV. §. 14. Meklenburg. Ober-A. G. O. §. 41 Nro. 10. Weimar. Ober-A. G. §. 20 Nro. 5. Zerbster §. 16 Nro. 5. Von Hannover siehe Oesterlei hannov. Proz. II. Thl. S. 316.

91) Reibnitz Versuch 1 Thl. S. 242.

92) L. 36. Code de appell. S. jedoch l. 2. D. de appell. recip.

kennt; erst das canonische Recht [93]) und die Reichsgesetze, welche dem letzten folgten [94]), dehnten die Appellation aus, beschränkten sie jedoch wieder auf solche Beiurtheile, wo nicht die Beschwerung durch die Appellation von der Endurtheil der Hauptsach erstatt, d. h. gehoben werden mag. Partikularordnungen des XVI. Jahrh. [95]) folgten der Vorschrift, und es kam nur darauf an, richtig zu bestimmen, welches Zwischenurtheil von der Art wäre, daß es einem Endurtheile gleichgestellt werden kann, oder eine Beschwerde in sich hielt, welcher durch spätere Appellation von dem Endurtheil nicht mehr abgeholfen werden könnte [96]), oder wie andere Gesetze bestimmten [97]), welche ein merkliches Präjudiz nach sich zögen. Die Praxis erschwerte sich selbst die Anwendung, weil man eben so sehr schwankte ob eine gerichtliche Verfügung in Form eines Dekrets oder eines Bescheids erlassen werden sollte; geschah, das letzte, so ließen sich ohnehin die Advokaten die Rechtsmittel nicht rauben; aber auch bei dem erlassenen Dekrete versuchte man die Appellation, weil man leicht einen Schein zur Deduktion eines merklichen

---

93) C. 60. X. de appell. c. 1. 10. de appell. in 6to.

94) Kammergerichtsordn. von 1495, §. 20, von 1555. II. Thl. Tit. 28. v. §. 6. Tit. 29. §. 4. R. A. v. 1570, §. 91. R. Dep. Ab. von 1600, §. 113.

95) S. schon hessische Gerichtsordn. von 1497. Tit. von der Kriegsbefestigung. Reformat. von 1524. Tit. von der Appellation. Kopp hess. Ger. V. II. Thl. S. 216. Baierische Gerichtsordn. von 1520. Tit. 10. Art. 7. Solmische Landr. Tit. 38, §. 1.

96) S. z. B. die Sprache der Frankfurt. Ref. I. Thl, Tit. 43, §. 3, u. Orth Anmerk. II. Thl. S. 874.

97) Baier. Jud. Cod. von 1753. Cap. XV. §. 3.

Präjudizes stand. Auf diese Art wurden die Prozesse ins Unendliche verlängert und durch Aktenversendungen höchst kostspielig gemacht. Erst die neuere Zeit versuchte dem Unwesen zu steuern, und einen großen Schritt hatte die preußische Gesetzgebung gethan, indem sie statt der vielen Zwischenurtheile den Gang des Verfahrens durch Dekrete und Resolute zu ordnen gebot, selbst kein wahres Beweisinterlokut, das als rechtskräftig den Richter verbindet, erläßt, und daher keine Appellation gegen das Beweisdekret gestattet [98]), jedoch den Partheien gestattet, den Rekurs zu ergreifen, der jedoch keine Suspensivkraft hat. Unfehlbar ist dadurch ein Grund einer traurigen Prozeßverzögerung beseitigt, und es empfiehlt sich dieß System völlig [99]), sobald man nur zugiebt, daß kein eigentliches in Rechtskraft übergehendes Interlokut gefällt werden soll; so gerne dies für den unter Voraussetzung ausgezeichneter der Untersuchungsmaxime ausübender Richter im mündlichen Prozesse zugegeben werden kann, so wenig kann der Verfasser dieser Bemerkungen aus den schon angegebenen Gründen [100]) dafür stimmen, daß auch im deutschen schriftlichen Prozesse, die Appellation gegen Beweisinterlokute aufgehoben werden möchten. Kenner des preußischen Prozesses [101]) haben aber auch gegen das

---

98) Gerichtsordn. Tit. 10, §. 57. Dies System hat auch das Würtemberg. Edikt von 1818, §. 150, angenommen.

99) S. Zum-Bach vollständ. Gegeneinanderstellung der Hauptmomente der preuß. u. französ. Prozeßordn. S. 276.

100) S. zweiter Beitrag dieser Schrift Nro. VII. S. noch Welsch Revision der Gesetzgebung und Rechtspflege. 1. Heft. S. 46.

101) S. Bandel Gutachten über die schickliche Vereinigung der baier. und preuß. Prozeßordn. S. 30, und der Verf.

preußische Rekurssystem überhaupt gewichtige Einwendungen gemacht. Der französische Prozeß glaubte durch eine Trennung der vorbereitenden und der Zwischenurtheile den Streit am besten beigelegt zu haben [102]), und ließ gegen die ersten keine Berufung, wohl aber gegen die zweiten zu; allein man bemerkt bei genauerer Verfolgung der französischen Praxis bald, daß dadurch ein neuer Streit entsteht, nämlich über die Frage: was zu den vorbereitenden oder den interlocutorischen Urtheilen zu rechnen ist [103]). So entstand Streit, ob ein Urtheil, welches expertise anordnete [104]), oder über die Einlassung eines Dritten auf den Streit verfügt [105]), oder Erscheinung der Partheien zur Vernehmung bei Gericht, oder zur Erklärung über Artikel ausspricht [106]) oder einen Schiedsrichter zur Aufnahme und Prüfung einer Rechnung anordnet [107]) wie vorbereitendes Urtheil oder ein Interlokut sey und es findet sich, daß der Gerichtsgebrauch darüber nicht fest seyn kann, weil Alles von der besonderen Beschaffenheit der Umstände, nämlich davon abhängt, si le jugement préjuge le fond ou non. Es ist auch schon oben erwähnt wor-

---

der Schrift: über die Nothwendigkeit und Einrichtung einer collegial. und öffentlichen Rechtspflege. (Leipzig 1819) S. 131.

102) Code de proc. art. 451, 452. S. schon loi du 3. brumaire an II.

103) S. Berriat St. Prix cours p. 227. Pigeau proc. civil t. I. p. 477. Carré traité et questions. t. I. p. 191 Nro. II. p. 37.

104) S. arrêté vom 14. Nov. 1815.

105) Arrêté vom 1. Juli 1809.

106) Carré l. c. t. II. p. 39.

107) Journal des avoués, t. 7. p. 97.

den, daß die französische Jurisprudenz nicht einmal das Interlokut als rechtskräftig in der Art annimmt, daß es unbedingt den Richter verbinde [108]). Die dem französischen Prozesse nachgebildeten Prozeßordnungen haben daher weise den französischen Unterschied nicht angenommen; — das Gesetz von Génève [109]) läßt nur gegen gewisse Zwischenverfügungen eine Berufung zu, nämlich wenn sie Zeugenbeweis in Sachen über 150 Francs, oder Verifikation einer öffentlichen Urkunde ohne zugleich inscription en faux oder überhaupt eine gesetzlich verbotene Prozeßhandluug auszusprechen; der hessische Entwurf [110]) zog es vor, bei den einzelnen Interlokuten, klar zu bestimmen, ob Appellation nothwendig oder zulässig sey, und gestattet gegen Beweisinterlokute eine abgesonderte Berufung, ohne es jedoch zu gebieten, so daß auch die Appellation von der Beweissentenz mit der von der dereinstigen Endsentenz verbunden werden darf, ohne daß dann gegen eine Parthei aus dem Versuche des aufgelegten Beweises etwas Nachtheiliges gefolgert werden könnte [111]). Die neuen deutschen Prozeßgesetze mit Ausnahme der Würtenbergischen erkennen die Zulässigkeit der Appellation gegen Beweisinterlokute, und wählen entweder das System, nur auszusprechen: daß gegen prozeßleitende Dekrete, welche nicht als endliche Zwischener-

---

108) S. den zweiten Beitrag dieser Betrachtungen S. 128.
109) Code de Génève art. 307. Exposé des motifs p. 207.
110) Neue Civilprozeßgebung für das Großherzogthum Hessen. I. Heft S. 101 u. II. Heft S. 139.
111) Das Prozeßgesetzbuch für den Canton Tessin, Art. 397, läßt Appellation, jedoch ohne Suspensiveffect, zu, gegen sentenze, che non feriscano il merito della controversia.

kenntnisse angesehen werden können [112]), oder gegen bloße Interlokute, die nur den Prozeßgang leiten, und auf keine Weise die Wirkung eines endlichen Erkenntnisses haben [113]) keine Berufung Statt finden soll [114]), oder sie fanden es zweckmäßiger bestimmt auszusprechen gegen welche Arten von Zwischenverfügungen die Appellation zuläßig seyn soll; dies haben vorzüglich die baierische Novelle [115]) und die nassauische Prozeßordnung [116]) gethan. Die letzte verfügt, daß Appellation künftig nur Statt finde 1) gegen das Erkenntniß über Einrede der Incompetenz, 2) gegen Urtheile über Einreden der Legitimation zur Sache oder der fehlenden Fähigkeit zur Rechtsverhandlung, 3) gegen Urtheile, welche den Streit über Prozeßart entscheiden oder einen Concurs eröffnen, 4) welche einen Beweis auflegen, 5) oder einen Eid zu schwören auftragen und zugleich das Endurtheil angeben, 6) wenn das Endurtheil auch nur provisorische Verfügungen entscheidet; dagegen soll wegen einfacher sonstigen Dekrete und Zwischenbescheide nicht appellirt werden, auch wenn die Parthei ohne Vorbehalt sie befolgte, obwohl der Beschwerte bei der nächsten zuläßigen Berufung seine Rechte geltend machen kann; dasselbe soll gelten, wenn die Parthei, welcher einen Beweis aufgelegt worden, nicht unmittelbar dagegen Appellation ergriff, so wie überhaupt Beweisinter-

---

112) So drückt sich die bremische Gerichtso. Art. 490 aus.
113) S. Weimar. Ober-A. G. O. §. 20 Nro. 2. Zerbster O. G. O. §. 16 Nro. 2.
114) Ueber Meklenburg s. Ober-A. G. O. §. 41, vergl. mit §. 38 u. 51, und Meklenburg. Rechtssprüche Nro. 45.
115) Baier. Ges. vom 22. Juli 1819, §. 18, 19, und von Gönner Commentar hiezu S. 237—308.
116) Nassau. Prozeßordnung vom 23. April 1822, §. 98, 99.

lokute nicht präjudiziell seyn sollen. — Die baierische Novelle verfügt, daß wegen einfacher Dekrete und Zweischenbescheide keine Appellation Statt finde, und daß derjenige, welcher sich beschwert glaubt, dagegen bei der weiteren Verhandlung des Prozesses sich bei Gericht verwahren muß, und dadurch sich das Recht vorbehält, die Beschwerde mit der Appellation gegen das Endurtheil zu verbinden. Zulässig ist die Appellation, 1) gegen Erkenntnisse, wodurch der Kläger mit der Klage ganz oder bedingt abgewiesen wird; 2) wodurch die forideklinatorische Einrede des Beklagten verworfen, oder 3) der Beklagte mit Verwerfung der von der Einlassung befreienden Einrede zur Einlassung auf die Klage verurtheilt wird; 4) Erkenntnisse über Prozeßart; 5) Bescheide, wodurch einem Theile der Beweis aufgelegt wird.

Vergleicht man diese verschiedenen Systeme, so kann es 1) nicht bezweifelt werden, daß am zweckmäßigsten die Gesetzgebung die einzelnen Arten der Zwischenurtheile angiebt, gegen welche die Appellation zulässig ist, so daß gegen alle dort nicht genannten Dekrete die Berufung als unzulässig erkannt ist. 2) Eine Vereinfachung der Sache ist ohnehin dann zu erwarten, wenn der Prozeß nicht mehr blos schriftlich durch eine Menge von prozeßleitenden Dekreten geführt, sondern eine öffentliche, mündliche Verhandlung am Schlusse des schriftlichen Vorverfahrens eingeführt und dem Gerichte die Möglichkeit, persönliche Aufklärung zu verlangen, gegeben, vorzüglich, wenn das Heer der summarischen Prozesse, über deren Anwendung immer Streit entsteht, beschränkt wird. 3) Was die Zahl der Fälle betrifft, in welchen die unmittelbare Berufung zulässig seyn soll, so geben zwar die baierische und nassauische Gesetzgebung die beste

Andeutung, allein sie scheinen weder hinreichend die Fälle zu erschöpfen, noch genug zu beschränken; das Erste nicht, weil es schiene, daß auch bei Erkenntnissen über Inzidentpunkte,[117]) z. B. provisorische Alimentation keine Berufung Statt fände, ungeachtet ein oft unersetzlicher Nachtheil daraus entstehen kann, oder viele Fälle vorkommen können, in welchen Berufung nothwendig wegen des einer Parthei drohenden Schadens ist, ungeachtet die Gesetze sie nicht nennen, z. B. wenn das in der Replik oder Duplik vorgebrachte Novum verworfen, oder wenn ein irrelevanter Eid, oder eine völlig unrichtige Eidesformel aufgelegt wird;[118]) dagegen ist man mit der Berufung zu freigebig, wenn man gegen jede Verwerfung einer von der Einlassung befreienden Einrede Appellation zuläßt,[119]) oder sie auch dann gestattet, wenn über die Prozeßart erkannt wird.[120]) 4) Sehr weise scheint es, wenn bei dem Beweisinterlokute es der Par-

---

117) S. jedoch v. Gönner Commentar, S. 263.

118) Das würtenberg. Edikt, §. 153, giebt daher eigene Regeln über die Berufungen gegen Erkenntnisse auf Eid.

119) Man weiß ja wie in der Praxis die Frage: was prozeßhindernde Einrede sey, bestritten ist; ein Heer von Berufungen wird daher wieder eingeführt werden, sobald der Richter es wagt, eine solche oft chicaneus vorgeschützte Einrede zu verwerfen. Nach der baier. Novelle, §. 8, befreit auch die exc. cautionis von der Einlassung, und doch wird es nicht an Bescheiden fehlen, in welchen die exc. cautionis wird verworfen werden müssen.

120) Wer es weiß, wie oft über Zulässigkeit des Executiv-Mandats oder ähnlicher Prozesse gestritten wird, und wer die Sitte kennt, schon am Anfange des Prozesses auch aus richtigen Vorwänden die Prozeßart zu bestreiten, kann kaum das Recht der Berufung vertheidigen.

thei zwar gestattet wird, zu appelliren, ihr aber auch erlaubt wird, die Berufung bis zu der gegen das Endurtheil aufzuschieben; [121]) nicht selten wird die Parthei blos deswegen appelliren, weil sie befürchtet, daß die Unterlassung der Appellation das Urtheil rechtskräftig machen könnte; stellt man sie aber deswegen sicher, so wird manche Parthei, wenn sie auch die Beweisauflage für beschwerend hält, lieber den Versuch wagen und den Beweis antreten, als Berufung ergreifen; während dem wirklich Beschwerten der Weg nicht versperrt ist, die Beschwerde schon jetzt heilen zu lassen, und dadurch Zeit und Geld zu ersparen. 5) Was die Bestimmung betrifft, daß derjenige, welcher gegen ein prozeßleitendes Dekret nicht appelliren darf, am Schlusse des Prozesses es nachholen kann, sobald er sich nur gehörig verwahrt und sich das Recht vorbehält. [122]); so ist das System des hess. und nass. Gesetzes, nach welchem es einer Verwahrung nicht bedarf, gewiß vorzuziehen, wenn man erwägt, daß eine Verwahrung dieser Art in den meisten Fällen in eine nutzlose Formalität ausarten wird. Von einer Verhinderung der Rechtskraft läßt sich nicht sprechen, weil eine Rechtskraft der Dekrete nicht existirt, und z. B. deswegen, weil der Richter einen untüchtigen Zeugen gegen die Einwendungen des Produkten als fähig vernahm, der Zeuge kein klassischer Zeuge werden kann. Die Partheien werden wegen des unbedeutendsten Nachtheils feierliche Verwahrungen einlegen, und die Zahl der Prozeßschriften wird ver-

---

121) Dies schlagen vor Engelhard Entwurf einer verbesserten Gesetzg. Art. 412, und hess. Civilprozeßgebg. Art. 35. Motive I. Heft, S. 102.

122) V. Gönner vertheidigt dies im Comment. S. 276-80.

mehrt werden; am wenigsten aber mag das Verwahrungssystem bei einer Gesetzgebung vertheidigt werden, welche auf Entfernung der Advokaten und auf die Gewährung der Möglichkeit berechnet ist, daß die Partheien selbst ihre Rechtsstreite führen. —

Schon aus dem bisher Vorgetragenen ergiebt sich wohl leicht der Beweis, daß die nicht devolutiven Rechtsmittel, z. B. Leuterung, Supplikation mit einer zweckmäßigen und gerechten Verfassung nicht bestehen können. Es ist nicht zuviel gesagt, wenn man behauptet, daß ein Rechtsmittel bei demselben Gerichte so gut wie keines ist. 123) Wer, der die Menschen (und Richter sind Menschen) kennt, mag erwarten, daß der Richter sein eigenes Erkenntniß aufheben wird? Ist es nicht eine eben so große Demüthigung und Beleidigung, dem Richter die Aenderung des Urtheils zuzumuthen, d. h. ihm zu sagen, daß er wohl das Erstemal nicht genau genug den Fall erwogen haben wird, als es eine Täuschung der Partheien ist, welchen der Anwalt versichert, daß ein Rechtsmittel ergriffen werden soll, während nur ein in den meisten Fällen überflüssiger Versuch bei dem nämlichen Gerichte gemacht wird? So lange die Schöffenverfassung bestand, so lange nicht der Richter, sondern die Schöffen Urtheile fanden, mochte die Leuterung noch eine Bedeutung haben, weil andere Schöffen entscheiden konnten; seit der Zeit aber als rechtsgelehrte Richter entschieden, als vorzüglich bei den Aemtern nur ein Richter das Urtheil fällt, ist die Leuterung eine täuschende Formalität. Will man zwar sich darauf berufen, daß mit der Leuterung die Aktenversendung gewöhnlich eintreten wird, daß also andere, von den

---

123) S. auch Hurlebusch Beiträge, II. Heft, S. 116.

ersten unabhängige, Richter entscheiden, so scheint doch bald die Zeit gekommen zu seyn, in welcher die einst ehrwürdige Aktenversendung ihrem Ende nahe ist. Mit der einzuführenden Oeffentlichkeit steht sie ohnehin im Widerspruche, und die große dadurch entstehende Verzögerung der Prozesse, die Vermehrung der Kosten dürften wohl dringend jedem Gesetzgeber rathen, welcher die Kraft in sich fühlt, eine weise Justizverfassung in den inländischen Gerichten seinem Volke zu geben, eine kostspielige Form aufzuheben, wie dies Preußen, Baiern, Baden, Hessen u. a. mit Glück gethan haben. Einen großen Schritt zur Verbesserung durch Aufhebung der Leuterung in den untern Instanzen, haben in neuester Zeit Sachsen [124]) und Anhalt [125]) gethan.

Noch bedarf die Frage einer Beantwortung, ob, wenn eine dritte Instanz vorkömmt, sie auf die nämliche Art, wie die zweite, eine neue Instruktion und Verhandlungen zulassen, oder sie nur als Revisionsinstanz in der Art gelten lassen will, daß nur auf den Grund der vorigen Verhandlungen die Rechtmäßigkeit des vorigen Urtheils geprüft werden soll. Das zweite System ist das des preußischen Prozesses. [126])

Geht man von der oben nachgewiesenen Nothwendigkeit aus, daß in allen Fällen, in welchen die zweite Instanz das Urtheil der Ersten reformirt, die Sache an eine dritte Instanz gelange, so ist dieselbe gar nicht von der zweiten zu unterscheiden, und die nämlichen Befugnisse der zweiten müssen auch der dritten

124) Königl. Sächs. Mandat, v. 13. März 1822, §. 22.
125) Erläuterungen, Zusätze und Veränderungen der Anhaltischen Landesordn. v. August 1822, zu Tit. XV. §. 2.
126) Gerichtsordn. Tit. XV. §. 10.

zukommen; das Rechtsverhältniß ist sogar dadurch, daß zwei widersprechende Urtheile vorliegen, noch schwieriger geworden, und es muß den Partheien gestattet seyn, alles, was zur Aufhellung der Wahrheit beiträgt, jetzt, wo das Ende bevorsteht, vorzutragen. Man kömmt sonst von selbst zur Begünstigung der Restitutionsgesuche, wenn man hart gegen die Partheien in den letzten entscheidenden Momenten seyn will, und führt neue Streitigkeiten über die oft schwierigen Fragen herbei, in wie ferne das Vorgebrachte ein wahres Novum sey. [127])

Nicht ganz zu billigen ist daher auch die Ansicht, [128]) nach welcher die dritte Instanz nur eine besondere Wohlthat seye, nicht an einfache Rechtssachen verschwendet, sondern für wichtigere Gegenstände aufbewahrt werden soll. Im Zusammenhange damit steht dann die Ansicht, nach welcher bei der dritten Instanz eine besondere Summe nothwendig wird, und in einigen Fällen gar keine Berufung an die dritte Instanz Statt finden soll. Es wird hier Alles darauf ankommen, ob die dritte Instanz überhaupt ohne Rücksicht auf das Daseyn von zwei gleichförmigen oder verschiedenen Urtheilen, oder nur dann eintreten soll, wenn in zweiter Instanz das erste Urtheil reformirt ist. Entscheidet die letzte Rücksicht, so kann es auf keine andere Summe ankommen als in zweiter Instanz, es kann kein Fall ausgenommen werden, weil man sonst behaupten müßte, daß in einigen Fällen auch bei der völligen Disparität der Stimmen das letzte Urtheil gelten soll, weil — es das letzte ist. Nimmt man da-

---

127) S. auch Reibnitz Versuch über das Ideal, 1. Thl. S. 252.

128) V. Gönner Com. zur baier. Novelle, S. 311.

gegen das Erste an, so ist die Einrichtung gewiß zu empfehlen, nach welcher, wenn zwei conforme Urtheile da sind, keine Berufung an die dritte Instanz Statt finden soll.[129])

---

§. II.

Appellationsverfahren.

Frägt man um die Ursachen der auffallend großen Verschiedenheit des appellationsgerichtlichen Verfahrens in Deutschland, so ergiebt sich die Antwort leicht, wenn man erwägt, aus welchen Elementen das heutige Verfahren hervorgegangen ist, und wie Alles nur der Praxis überlassen werden mußte. Betrachtet man das eine Element, das römische Recht, dessen Anwendung, das Verfahren, der geistlichen Gerichte des Mittelalters, und vom XVI. Jahrhunderte an das der Landesgerichte bestimmte, so kann nicht unbemerkt bleiben, daß der römische Prozeß, auf Oeffentlichkeit und Mündlichkeit gebaut, keine absoluten Normen für unseren schriftlichen Prozeß gewähren konnte; das römische Gericht erster Instanz konnte keine Akten an das Obergericht einsenden, wie es im schriftlichen Prozesse möglich ist, und in dem römischen Obergerichte mußte ein neues mündliches Verfahren beginnen, die Formen mußten auf ein nach Sitzungen und persönliche Vorladung der Partheien eingerichtetes

---

129) Dies thun z. B. baier. Novelle v. 1819, §. 20, und nassauische Prozeßordn., §. 99.

Verfahren berechnet seyn; und es ist leicht nachzuweisen, daß nur die Kenntniß des französischen Verfahrens ein treues Bild des römischen Appellationsverfahrens zu geben vermag. Wollte man nun doch, wie es die Praxis that, römische auf ein ganz anderes Verfahren passende Formen auf unseren schriftlichen Prozeß anwenden, so konnte es an schwankenden und unpassenden Bestimmungen nicht fehlen. Noch störender wirkte die sklavische Nachahmung des reichsgerichtlichen Prozesses bei der Organisation des Verfahrens vor den Landesobergerichten. Der ungeheuere Verzug, welcher aus jeder Annahme der Appellation bei den Reichsgerichten entstand, so daß gewöhnlich erst die zweite Generation den Ausgang des Prozesses erlebte, 1) machte eine Beschränkung der Appellation nothwendig, und erzeugte die Einrichtung, daß bei dem Reichsgerichte vor der Erkennung der Appellationsprozesse, die man wieder in processus appellationis plenos aut minus plenos eintheilte, 2) ein processus informativus voraus gieng, in welchem das Gericht das Beschwerdenlibell dem Unterrichter zum Bericht zufertigte, und darüber zuweilen noch den Appellanten mit seinem Gegenberichte hörte. Zeigte sich nun die Unerheblichkeit der Beschwerden, so wurden Appellationsprozesse ohne weiteres abgeschlagen; im Gegentheile wurden die Prozesse erkannt, allein häufig nicht expedirt, sondern es wurde dem Untergerichte aufgetragen nachzuweisen, wie das Gravamen gehoben werden könne, und erst dann, wenn der Richter nicht

---

1) S. v. Gönner Jahrbücher der Gesetzgebung und Rechtspflege in Baiern. II. Bd. S. 197.

2) S. Freih. v. Kreitmayr Anmerk. ad Cod. Jud. bav. cap. XV. §. 7.

parirte oder gar nicht berichtete, wurde die Erkennung der Appellationsprozesse publizirt; jezt fingen erst die häufig wiederholten compulsoriales an, wodurch der Unterrichter den Auftrag erhielt, die Akten voriger Instanz mit Bericht einzusenden. [3]) Nach eingekommenen (häufig mußte der Fiskal erzitirt werden) Akten wurden erst citationes an den Appellaten erlassen, und nun begann ein neues Verfahren mit Schriftenwechsel, in welchem die sogenannten Inhibitiones eine Zwischenrolle spielten. Diesem musterhaft langsamen Verfahren wurde gewöhnlich das Verfahren in den deutschen Obergerichten nachgebildet, und von wenigen Gerichtsordnungen, die sich von dem Vorurtheile los machten, war es vorzüglich die baierische, [4]) welche ein einfacheres Verfahren organisirte, nach welchem der Appellant sich sogleich an das Obergericht mit Ausführung seiner Beschwerden wendete, worauf, ohne daß der Appellant die Akten auszulösen oder erst um Apostel suppliziren mußte, der Unterrichter Akten mit Entscheidungsgründen oder Bericht einsendete, der Appellat seine Verantwortungsschrift abgab, und nun ohne daß Repliken und Dupliken zugelassen wurden, von dem Obergerichte die Hauptsentenz ohne vorher erkannte Appellationsprozesse ergieng. Die Erfahrung hat diesem Verfahren (wenige bemerkte Gebrechen ausgenommen) ein günstiges Zeugniß ertheilt. Die preuß. Gesetzgebung [5]) blieb auch im Appella-

---

3) Eine Abkürzung erfolgte durch jüngsten R. A. v. 1654 §. 61.

4) Cod. Judic. v. 1753 Cap. XV. und schon Sumar. Proz. v. 1616 Tit. 9 Art. 4 5 und Kreitmair's treffliche Anmerkungen zu diesem Kapitel des Jud. Cod. v. 1753.

5) Gerichtsordn. Tit. XIV.

tionsverfahren dem Grundsatze treu, daß durch die Thätigkeit des Richters es jeder Parthei möglich gemacht werden müsse, auch ohne Beistand von Advokaten ihren Rechtsstreit zu verfolgen; die Parthei, welche keinen Justizkommissär hatte, wird daher von dem Gerichte über ihre Befugnisse belehrt, und für die abwesende Parthei wird selbst ein Bevollmächtigter aufgestellt; bei dem weiteren Verfahren kommen jedoch viele Distinktionen [6]) darnach vor, je nachdem von einem Untergerichte erster oder zweiter Classe, oder von einem Landesjustizcollegium appellirt wird; überall bildet die mündliche im Geiste der Untersuchungsmaxime geführte Instruktion mit der Parthei oder ihrem Beistande bei Gericht die Grundlage, ohne daß es förmliche Erkennung von Appellationsprozessen bedürfte. — Der französische Prozeß hängt mit der Mündlichkeit des Verfahrens, nach welchem das Untergericht keine Akten einsenden kann, zusammen; es muß daher bei dem Obergerichte ein neues Verfahren beginnen, in welchem so vollständig das Vorige vorgetragen wird, daß das obere Gericht im Stande ist, ein gerechtes Urtheil zu fällen. Da das Obergericht an einem andern Orte sich befindet und ein neuer Advokat von den Partheien aufgestellt werden muß, da diesem nicht, wie im schriftlichen deutschen Prozesse, nur die gesammelten Akten erster Instanz zur Information gegeben werden können, da vielmehr eine neue Instruktion ertheilt werden muß, so mußte das Gesetz auch eine längere Frist, als in Deutschland, geben, und so erklärt sich die Frist von

---

6) Gerichtsordn. Tit. XIV. §. 38 ꝛc. und Tit. XXV. §. 21 — 42 und §. 67.

drei Monaten, [7]) welche nicht vom Tage der Publikation, sondern erst vom Tage der Einhändigung des Urtheils an die Parthei in Person oder ihrem Wohnorte laufen kann, weil der Anwalt voriger Instanz kein Recht zu appelliren hat, sondern erst der Parthei einen neuen Anwalt bestellen muß. Bei dem Obergerichte muß das Verfahren eben so, wie das Vorverfahren vor dem Gerichte erster Instanz, eingeleitet werden. Ist nur einmal die Appellation eingelegt, so ist schon die Desertion abgewendet, und es hängt nun von dem Appellanten ab, wann er das Rechtsmittel ausführen will, sobald er nur dafür sorgt, daß keine Peremtion der Instanz ihm eingewendet werden könne, welche in drei Jahren erfolgt. [8])

Die Einlegung der Appellation geschieht durch eine einfache gar keine Beschwerden enthaltende Vorladungsakte des Appellaten, [9]) ohne daß weiter das Untergericht (welches ja nach französischer Ansicht nicht weiter die Vollziehung leitet) von dem Schicksale des Urtheils etwas erfährt. Der Appellat hat darauf nichts zu thun, als seinen Anwalt für die Appellationsinstanz zu bestellen. Erst jetzt läßt der Appellant in einer magern Akte ohne alle Ausführung seine Beschwerden dem Appellaten insinuiren, [10]) und der Appellat könnte und sollte darauf antworten, was jedoch selten geschieht. Der Appellant betreibt nun so wie er das Interesse hat (denn jetzt ist der bestellte Anwalt Herr der Sache, und seine Erklärung, daß er noch nicht hinreichend vorbereitet sey, wird dem Appellan-

7) Code de procédure art. 443.
8) Code de proc. art. 397.
9) Code 456.
10) Code art. 462.

ten genügen müssen) die Sitzung; endlich kömmt die Sache auf die Role, und jetzt erhält das Appellationsgericht Kenntniß von der Sache, die es zu entscheiden hat. [11])

Der Advokat des Appellanten plädirt zuerst, [12]) der des Appellaten folgt ihm, und das Verfahren ist wie in einer Sitzung des Gerichts erster Instanz; das Gericht kann auch nach geendigtem Plädiren ein schriftliches Verfahren anordnen. [13]) Schwerlich kann diesem Verfahren (von seinen Verwickelungen erst bei den einzelnen Punkten) das Lob der Schnelligkeit gegeben werden; auch der Code von Génève [14]) hat schon Verbesserungen angebracht, z. B. der Appellant sollte sogleich mit der Appellationsvorladungsakte die Beschwerden gegen das Urtheil angeben, allein die Gründe der Zögerung liegen in der Mündlichkeit, da keine Akten der vorigen Instanz vorliegen und consequent wieder in der zweiten Instanz in der Sitzung mündlich und öffentlich verhandelt werden muß. Viel leichter wird es schon einer Gesetzgebung, welche, wie wir bisher vorschlugen, in erster Instanz ein schriftliches Verfahren wenigstens von zwei Schriften organisirt; in welchem Falle das obere Gericht ebenso, wie der zweite Anwalt, leichter eine Grundlage für ihre Instruktion gewinnen. Will man auch den längeren Termin zur Appellation beibehalten, so hindert nichts vorzuschreiben, daß der Appellant intra terminum eine vollständige Beschwerdeschrift, mit Angabe der

---

11) Ueber Anordnung der Sitzung, Folgen des Ausbleibens u. A. s. décret vom 30. März 1808 §. 18 – 39.

12) Berriat St. Prix Cours p. 381.

13) Code art. 461.

14) Exposé de motifs de la loi de procédure p. 209 – 216.

Beschwerden und mit Ausführung derselben und Angabe etwaiger neuer Thatsachen, dem Obergerichte einreiche, und zugleich ein Exemplar davon dem Appellaten insinuiren lasse. Der Appellat muß dann in einem peremtorischen Termine auf die Nova antworten, eine Gegendeduktion, wenn er will, liefern, und seine Nova anzeigen, worauf das Gericht einen Tag zur Sitzung bestimmt. In der Sitzung könnte das Verfahren des französischen Cassationshofes am besten angewendet werden; nicht das Plädiren der Partheien soll daher den Anfang machen, sondern ein Vortrag des ernannten Referenten aus den eingereichten Schriften; so gut dies bei dem Cassationshofe möglich ist, so leicht wird es auch bei dem Appellationshofe angewendet werden können; erst nach dem beendigten Vortrage würde dann jedem Advokaten ein mündlicher Vortrag gestattet seyn. [15])

Wenden wir uns nun, in Voraussetzung der Beibehaltung des schriftlichen Verfahrens, zu den einzelnen Theilen des Verfahrens, so stoßen wir auf die Frage: ob es zweckmäßiger sey, getrennt von der Frist zur Ausführung vorerst die Anzeige der Appellation bei dem Judex a quo anzuordnen, und dann erst eine besondere Frist für die Ausführung bei dem Obergerichte zu bestimmen, oder ohne Unterscheidung der Anmeldung und der Rechtfertigung, alles in einer Handlung zu verbinden, und einen freilich dann längeren gesetzlichen Termin für Ein- und Ausführung so vorzuschreiben, daß sogleich bei dem Obergerichte der vollständige Beschwerdenlibell mit Ausführung aller

---

15) S. dieser Vorschlag stimmt im Wesentlichen mit der Einrichtung zusammen, wie sie im hessischen Prozeßentwurfe (Motive II. Heft S. 147 — 169) bestimmt ist.

Beschwerden zu überreichen ist. Die erste Einrichtung ist die des gemeinen Prozesses, und die meisten neuen Gesetzgebungen haben sie beibehalten; [16]) die zweite Einrichtung besteht dagegen in Baiern, [17]) und nach manchen sehr umsichtigen Berathungen ist sie auch in der Novelle von 1819 [18]) beibehalten worden. Selbst der Commentator der Novelle, v. Gönner hatte sich früher [19]) und ebenso andere baierische Schriftsteller [20]) für die Einführung des Unterschieds der Anmeldung und der Ausführung erklärt, v. Gönner hat aber seine Meinung zurück genommen, [21]) und der Verfasser dieser Bemerkungen erklärt sich unbedenklich für die baierische Einrichtung, welche offenbar weit abkürzender als die gemeinrechtliche ist. Wenn man zwar für die letzte anführt, daß sonst der Richter erster Instanz ebenso wie der Sieger Monate lang im Zustande der Ungewißheit bleibt, ob appellirt worden sey, daß dadurch die frühere Rechtskraft gehindert würde, daß durch die Anmeldung der Richter in den Stand gesetzt wird, unzulässige Appellationen geradezu zu verwerfen, daß zur Erklärung, ob jemand appelliren wolle, er doch keine lange Bedenkzeit brau-

16) S. Würtenberg. Edikt v. 1818 §. 155. Meklenburg Ober. A. G. O. §. 40. Zerbster Ober. A. G. O. §. 33. Bremische Gerichtso. §. 507. Weimar. O. A. G. §. 58. Nassauische Prozeßo. §. 102. Bremische Prozeßord. Satz. 310.

17) Cod. Jud. bav. cap. 15 §. 6.

18) §. 22. Der Termin zur Appellation gegen Endurkenntnisse läuft dort 60, gegen andere Urtheile 30 Tage.

19) In dem Entwurfe des Prozeßgesetzbuchs II. Bd. S. 847.

20) Leonrad Materialien zum Judiziarcodex S. 51. Bandel Gutachten über die Vereinigung S. 46. Welsch Revision der Gesetzgebung II. Heft S. 63.

21) Im Commentar zur Novelle S. 337.

che, so widerlegen sich diese Gründe leicht, wenn man dagegen die menschlichen Verhältnisse erwägt. Es widerspricht vorerst der Erfahrung, anzunehmen, daß in den meisten Fällen kein Rechtsmittel ergriffen wird; es kann vielmehr insbesondere bei den bestehenden Verhältnissen der Untergerichte als Regel angenommen werden, daß die Partheien sich nicht mit dem ersten Urtheile beruhigen. Darauf muß nun die Zweckmässigkeit der Absonderung der Fristen berechnet werden, und geschieht dies, so kann es nicht bezweifelt werden, daß mehr Zeit verlohren geht, wenn man eine besondere Frist für die Anmeldung und eine andere für die Ausführung giebt, vorzüglich, weil die letzte nicht leicht ipso jure peremtorisch gesetzt ist, und daher drei und vier Male verlängert werden kann; rechnet man zehn Tage für die Anmeldung, mehrere Tage bis zur Ertheilung der Apostel, und dann nur zweimalige Verlängerung der Frist zur Ausführung, also wenigstens sechs Tage, so kommen in der Regel vom Tage der Publikation des ersten Urtheils bis zur Einreichung des Beschwerdenlibells wenigstens drei Monate heraus, während in Baiern innerhalb der Fatalien von 60, und bei Appellation gegen Zwischenurtheile von 30 Tagen, ohne eine Verlängerung die Beschwerden ein und ausgeführt bei dem Obergerichte seyn müssen. Daß der untere Richter zwei Monate lang in Ungewißheit über die Rechtskraft bleibt, kann keinen Nachtheil haben, wenn man nur erwägt, daß Appellationen als die Regel angesehen werden können; auch darf nicht unberücksichtigt bleiben, daß in der Kürze der Frist die Anmeldung eine leicht zu begründende Restitutionsursache wegen Versäumung der Frist liegt, und daher durch solche Restitutionsgesuche dies doch wieder verloren wird, was durch kurze Appellationsfristen gewonnen

schiene. Will man aber den Wunsch der Gesetzgebung, Rechtsmittel zu beschränken, berücksichtigen, so kann eine binnen drei [22]) oder zehn Tagen zu ergreifende Anmeldung nicht geeignet seyn, Appellation abzuschneiden, weil theils der Advokat, der oft von der Parthei noch in so kurzer Zeit keine Antwort auf die Anzeige des Urtheils erhalten haben kann, zur Sicherheit die Appellation anmeldet, da er nicht länger warten kann, theils die Parthei in den ersten Tagen des Unwillens und der Unzufriedenheit über das Urtheil, um so leichter zu einer übereilten Appellationsanmeldung sich hinreissen läßt, als er blos mit ein Paar dürftigen Worten seinen Willen zu appelliren aussprechen darf, während er, wenn er mehr Zeit zur Besinnung gehabt hätte und gezwungen gewesen wäre, auch die Beschwerden sogleich anzugeben und auszuführen, sich besser besonnen, und eher die Appellation unterlassen hätte, statt daß er oft aus falschem Schamgefühl sie fortsetzt — weil er sie einmal angemeldet hat.

Wir setzen daher als die zweckmäßigste Einrichtung die voraus, daß sogleich, ohne Anmeldung, das Rechtsmittel ein und umständlich ausgeführt werde. Frägt man weiter: ob die Schrift bei dem Obergerichte oder dem Gerichte erster Instanz eingereicht werden soll, so geschah das Erste in Baiern bis 1819, seit der Novelle aber [23]) muß das Zweite beobachtet werden. Für die frühere Einrichtung ist zwar [24]) anzuführen,

---

22) Reibnitz Versuch I. Thl. S. 236 will diese Frist für die Anmeldung.

23) Gesetz vom 22. Julius 1819 §. 23 v. Gönner Comment. hiezu S. 343.

24) Eine weise Abkürzung unnöthiger Schreibereien ist auch

daß die Appellation ihrer Natur nach an den höheren Richter gehört, daß er dadurch am schnellsten in den Stand gesetzt wird, die Berufung zu prüfen, und unzulässige Appellation sogleich abzuweisen; allein richtiger muß das Verfahren nach der Novelle vertheidigt werden, weil a) dadurch der Vortheil erreicht wird, daß das Untergericht sogleich durch Einsicht des Libells von der ergriffenen Appellation in Kenntniß gesetzt wird; b) weil dem Untergerichte die etwa nöthige Instruktion der Sache am ersten möglich gemacht ist; c) weil das Obergericht auf die bloße Ansicht des Beschwerdenlibells doch nur in seltenen Fällen entscheiden kann, und mit Prüfung der Formalien sonst unnöthig Zeit verliert; d) weil es für die oft vom Sitze des Appellationshofes weit entfernte Parthei (vorzüglich wenn von dem Wohnorte weg kein regelmäßiger Postenlauf geht), sehr schwierig war, die Schrift zuverlässig noch intra terminum an das Obergericht zu senden, und bei kleinen nicht seltenen Verspätungen neue Nachweisungen eintreten mußten; weil e) das Untergericht dadurch von selbst zu thun im Stande ist, was dasselbe sonst erst vermöge eines besonderen Auftrags des Obergerichts thun mußte, nämlich seine Akten an das Obergericht einzusenden, und f) weil vorzüglich bei Berufungen an die dritte Instanz unnöthige Schreibereien und Geschäfte veranlaßt würden, indem das Gericht dritter Instanz erst an das Appellationsgericht, und dasselbe an das Untergericht reskribiren müßte.

---

die Vorschrift der Novelle, daß die Beilage der Urtheilsabschriften nicht mehr nothwendig sind; die Akten enthalten ja ohnehin die Urtheile und werden an das Obergericht eingesendet.

Die Folge der Ueberreichung des Beschwerdenlibells bei dem Untergerichte muß nach unserem Vorschlage seyn: daß das Untergericht die Akten unmittelbar an das Obergericht einsende; dadurch fällt freilich das häufig noch in Deutschland übliche Erkennen der Appellationsprozesse weg. Wir haben schon oben die höchst ungeeignete Verschleppung des Prozesses als die Folge dieser Methode dargestellt, und es ist unbegreiflich, wie sie noch beibehalten werden mag, wenn man erwägt, wie sie nur aus den Verhältnissen der Reichsgerichte entstand, wie dadurch den Obergerichten eine ganz unnöthige Last einer gedoppelten Relation und einer zweifachen Berathung aufgelegt wurde, indem nach eingereichter Beschwerdenlibell über die Zulässigkeit der Appellation, und dann nach gestatteten Prozessen definitiv noch einmal referirt werden mußte, auch ist es in den wenigsten Fällen möglich, auf das bloße Beschwerdenlibell, das oft sehr schlecht gearbeitet ist, über die Statthaftigkeit des Rechtsmittels zu urtheilen, ohne die gesammten Akten geprüft zu haben; durch übereilte abschlägige Dekrete wurden daher neue Berufungen veranlaßt, erkannte aber das Appellationsgericht die Prozesse, so lag darin ein trauriges Zeichen für den Appellaten, der nicht ohne Grund besorgen mußte, daß der gegen ihn eingenommene Appellhof nicht so unpartheiisch die Gründe würdigen werde, da durch die Annahme der Appellation schon die Sache des Appellanten gebilligt scheint.[25]. Wurde später das Urtheil erster Instanz doch konfirmirt, so kam das Obergericht selbst mit sich in Widerspruch, indem es jetzt die Appellation verwarf, deren Zulässigkeit vor einigen Monaten gebilligt war. Dem

25) S. Neue Civilprozeßgesetzgebung für Hessen II. Heft S. 156.

Glauben, daß dadurch viele Appellationen schon im Keime erstickt und rasch abgeschnitten würden, widerspricht aber die Erfahrung, weil nach den Zeugnissen der Geschäftstabellen höchstens unter zehn Fällen einmal die Appellation ohne weiteres abgewiesen wird.

Hier verdient noch die Frage eine Beantwortung: ob eine bloße Erklärung darauf, daß man sich für beschwert halte, mit Berufung auf die Akten hinreiche, oder ob die einzelnen Beschwerden bestimmt angegeben und deduzirt werden sollen. Auf jeden Fall wird kein Praktiker läugnen, daß in den ohne Angabe der Beschwerden eingelegten Berufungen ein Gebrechen liege, und daß frivole Appellationen dadurch begünstigt werden, weil der Appellant keine Schwierigkeit darin findet sich beschwert zu erklären, während er zum Nachdenken gebracht worden wäre, wenn er bestimmte Beschwerden hätte ausführen und sich gleichsam selbst Rechenschaft hätte geben müssen. Die genauere Beantwortung der Frage hängt aber mit der Grundform des Prozesses zusammen; da wo mündlich und öffentlich in Sitzungen, auch in der Appellationsinstanz, verhandelt wird, scheint die Aufstellung der Beschwerden zwar nothwendig, aber die Ausführung unnöthig zu seyn, weil jede Deduktion erst in die Sitzung gehöre; allein wir würden unbedingt auch bei eingeführten öffentlichen mündlichen Verfahren die Nothwendigkeit der Einreichung eines ausführlichen Beschwerdenlibells vorschreiben, weil nur dadurch das oben vorgeschlagene Verfahren möglich wird, in der Sitzung des Appellhofes mit dem Vortrage eines Referenten anfangen und dann erst die mündlichen Vorträge nachfolgen zu lassen. Auch wird dadurch der Vortheil erreicht, daß der Appellant selbst zu einer ernsteren Prüfung seiner Sache genöthigt und von man-

chen frivolen Appellationen abgehalten wird, während zugleich der Appellat Gelegenheit erhält, sich vollständiger auf die Sitzung vorzubereiten und den oberen Richter besser zu instruiren. Bei dem schriftlichen Verfahren muß die Einreichung vollständiger Beschwerdenlibelle ohnehin Vorschrift seyn, und nur die Einwendung könnte gemacht werden,[26] daß auch in den Schriften der ersten Instanz die Deduktion des Rechts kein wesentlicher Theil ist, und daher von der Schrift in zweiter Instanz nicht mehr verlangt werden kann; allein es ist nicht davon die Rede, jedem Appellanten eine große bogenlange Deduktion vorzuschreiben, sondern nur davon, ihn anzuhalten, daß er bei jeder Beschwerde, geschehe dies auch kurz, die Gründe seiner Beschwerde angebe, und es kann dies um so mehr da gefordert werden, wo dem ersten Instanzurtheile vollständige Entscheidungsgründe beigefügt wurden, was hoffentlich in Deutschland künftig allgemein der Fall seyn wird.[27] Bei der Verfolgung des appellationsgerichtlichen Verfahrens stößt man auf die Frage: ob das Untergericht den Beschwerdenlibell oh-

---

26) V. Gönner Commentar S. 359.

27) Gewiß liegt ein Grund vieler frivolen Appellationen in dem Mangel der Entscheidungsgründe der Urtheile. Es ist oft unmöglich bei einer mystisch genug gefaßten Urtheilsformel den Grund zu errathen, welcher das Gericht zu diesem Ausspruche bewogen haben mag. Werden die Gründe vollständig deutlich und faßlich aufgestellt, so läßt in vielen Fällen die Parthei, von der Gründlichkeit des Urtheils durch die Gründe belehrt, die Appellation liegen, während sie ihr Glück versucht, wenn nur das kurze Urtheil ihr mitgetheilt wird. Selbst die Abfassung des Beschwerdenlibells erhält durch vollständige Entscheidungsgründe eine Grundlage, welche dem zwecklosen Häufen von Beschwerden vorbeugt.

ne Weiteres dem Appellaten mittheilen, oder erst hiezu Auftrag des Obergerichts abwarten soll; für das Letzte könnte nur angeführt werden, daß dadurch die Verwerfung frivoler Appellationen zu sehr hinaus geschoben und dem Appellaten oft eine unnöthige Last aufgelegt würde; allein dies Bedenken könnte nur entstehen, wenn man die Einrichtung der Erkennung der Appellationsprozesse im Sinne hätte; glaubt der Appellat, daß die Appellation frivol sey, so hängt es ja von ihm ab, seine Appellationsexzeption zu unterlassen; für die Mittheilung des Beschwerdelibells spricht aber, daß in der oberen Instanz eine neue Verhandlung beginnt, daß im Prozesse gegen jeden Angriff auch eine Vertheidigung zugelassen werden muß, und das Gericht durch Mittheilung gleichsam mandatorio nomine zur Abkürzung dasjenige von selbst thut, wovon es voraus sehen kann, daß in der Regel ihm hiezu von dem Obergerichte der Auftrag werde ertheilt werden. Da die Berufung an die dritte Instanz, nach dem in §. I. Ausgeführten, die nämliche Natur, wie die Appellation an die zweite Instanz, haben muß, so läßt es sich schwerlich rechtfertigen, wenn, wie es in Baiern geschieht,[28]) bei der dritten Instanz keine Nebenverantwortung gefordert wird.

Bestritten ist noch die Frage: ob das Untergericht auf die eingewendete Berufung ohne Einsendung der Akten die Appellation abschlagen können oder bis auf wenige Ausnahmen nur dies Verfahren zu instruiren und dann Akten an das Obergericht einsenden soll. Der gemeine Prozeß giebt dem judex a quo dies Recht über die Appellation zu erkennen, sie anzuneh-

28) Cod. Jud. bav. cap. XV. §. 7 No. 7 und Novelle §. 25 f. v. Gönner Comment. S. 379.

men, d. h. nach bekannter Formel ihr den Lauf zu lassen, und Apostel zu ertheilen oder sogleich zu verwerfen, und es war von jeher sehr bestritten, in welchen Fällen dies Recht eintrete; in neueren Gesetzen ist die Befugniß des judex a quo zuweilen beibehalten worden,[29] während andere Gesetzgebungen z. B. die Bremische,[30] Meklenburgische,[31] Baierische,[32] Anhaltische[33] den Untergerichten die Cognition nur ausnahmsweise in wenig Fällen geben, z. B. wenn der Gegenstand gar nicht als appellabel erklärt oder keine Appellationssumme da ist. Unbedenklich entspricht nur dies zweite System dem Character der Berufung als einem devolutiven Rechtsmittel; nur das Obergericht, dessen Gerichtsbarkeit aufgerufen ist, kann über seine Competenz entscheiden, eine Befugniß der Untergerichte ist ein verjährtes Vorurtheil als Folge der alten Apostel oder der Ansicht, nach welcher man oft noch in der Appellation eine Beleidigung des unteren Richters fand. Fordert man von dem Unterrichter eine Prüfung der Appellation, so verlangt man etwas Unmögliches, weil consequent der judex a quo nur sein Urtheil für das gerechte halten kann, und daher immer die Appellation verwerfen müßte; läßt man den rejektorischen Bescheid des Untergerichts rechtskräftig werden, und gestattet höchstens einen Rekurs ohne Suspensivkraft, so macht

---

29) Weimar. Oberapp. G. O. §. 60. Würtenberg. Edikt v. 1818 §. 156 s. auch preuß. Gerichtsordn. Tit 14 §. 4. b.

30) Bremische Gerichtso. §. 490 u. 509.

31) Meklenburg. Ober A. G. O. §. 41. Dagegen Bornemanns Beitr. zur Verbesserung des Appellatverf. S. 40.

32) Baier. Novelle v. 1819 §. 24.

33) Anhaltische Erläuterungen zur Prozeßo. zu Tit. XVI. §. 1.

man es dem Unterrichter möglich, dem Appellanten den größten Schaden zuzufügen, und es ist unrichtig, wenn man dann nur von einem Rechtsmittel sprechen will; gestattet man aber dem Appellanten, dessen Berufung verworfen wird, die neue Berufung an den oberen Richter wegen Verwerfung, so führt man nur ein nutzloses Spiel ein, indem nach Monaten doch das zuvor verworfene Rechtsmittel angenommen wird. Nur bei Berufungen in Fällen, in welchen gesetzlich keine Berufung gestattet ist, z. B. gegen einfache Dekrete, mag man, weniger mit streng juristischer Consequenz als aus dem politischen Gesichtspunkte, dem Untergerichte das Recht, die Berufung zu verwerfen, einräumen; — dagegen läßt es sich kaum rechtfertigen, wenn man das Untergericht auch über das Daseyn der Appellationssumme entscheiden läßt, weil gewöhnlich darüber schon bedeutende Streitigkeiten sich denken lassen, und noch weniger, weil dadurch zuviel in die Willkühr des Untergerichts gestellt würde, kann der Zusatz des meklenburgischen Rechts [34]) vertheidigt werden.

Bestritten war auch von jeher die Frage: in wie ferne das Obergericht ohne Einleitung von Verhandlungen in der Sache selbst sprechen, und auf den blosen Beschwerdenlibell das vorige Urtheil aufheben oder bestätigen könne. Die Beantwortung der Frage wird ohnehin einfach, sobald der bisherige Vorschlag ange-

34) Nach Meklenb. O. A. G. §. 43 kann dann das Untergericht über Appellation erkennen, wenn durch verzögerte Ausführung des angefochtenen Urtheils dem Appellaten ein unfehlbarer und nicht zu ersetzender Nachtheil entsteht, für den Appellanten hingegen dergleichen nicht zu besorgen ist.

nommen werden sollte, daß bei dem Untergericht Beschwerdenlibell und Verantwortungsschrift eingereicht, und ohne Weiteres mit den Akten erster Instanz eingereicht würden; hier käme das Obergericht gar nicht in die Lage, ohne vollständiges Gehör sprechen zu müssen; allein auch bei der deutschen gewöhnlichen Methode, wenn die Schrift bei dem Obergerichte eingereicht wird, läßt sich das Verwerfungsrecht ohne Akteneinsicht und Verhandlung nicht rechtfertigen. Sey es auch, daß in manchen Fällen Zeit gewonnen wird, welche durch Aktenabforderung verloren geht, sey es auch, daß manche frivole Appellation früher abgeschnitten werden kann, so ist dieser in seltenen Fällen eintretende Gewinn doch unbedeutend gegen die Nachtheile, wenn man erwägt, daß a) dem Appellanten blos durch Ungeschicklichkeit seines Anwalts und die schlechte Darstellung der Sache in der Appellationsschrift ein großer Schaden zugehen kann, indem das Obergericht, welches nur den Appellationslibell kennt, die Sache nur darnach beurtheilt und das Rechtsmittel verwirft, während die Einsicht der Akten von der Gerechtigkeit der Ansprüche des Appellanten überzeugt haben würde. b) Auch läßt sich dies Verfahren nicht wohl mit dem gegründeten Rechte des Appellaten auf Adhäsion vereinigen; nicht selten appellirt ein Theil nicht, weil er darauf rechnet, oder es weiß, daß sein Gegner appellire, und erwartet die Gelegenheit, durch Adhäsion sich zu helfen, während durch Verwerfung der Appellation ihm unvermuthet die Möglichkeit abgeschnitten ist. c) Selbst den Gerichtshöfen wird durch das Verwerfungsrecht kein Vortheil zugehen; denn dadurch kömmt allmählig die alte Sitte der Reichsgerichte Appellationsprozesse zu erkennen, in die Collegien, statt einer Relation in der nämlichen Sache, werden

zwei nothwendig, und die Fälle, daß der Referent die Appellation für begründet hält, während das Collegium die Unerheblichkeit der Beschwerden annimmt, verursachen manchen Zeitverlust.[35] d) Vorzüglich aber wird dadurch der Willkühr der Gerichtshöfe der größte Spielraum gelassen, und alle Gründe, welche der Verfasser gegen das Recht des Richters, die Klage ohne weiteres Gehör zu verwerfen, angegeben hat,[36] passen auch hieher. Betrachte man die Ausdrücke neuer Gesetzgebungen, durch welche dies Verwerfungsrecht begründet wird, so überzeugt man sich leicht von der Willkühr, die dadurch begünstigt wird, z. B. wenn bei offenbarem Ungrunde der Beschwerde,[37] oder von offenbarer Unerheblichkeit der Beschwerde[38] die Verwerfnng gestattet ist; wer mag läugnen, daß diese Ausdrücke höchst unbestimmt, und dem Mißbrauche unterworfen sind, um so mehr, als bei der Einsicht des bloßen Beschwerdenlibells manches Rechtsmittel als frivol erscheint, welches später aus den Gesammtakten als wohlbegründet sich darstellt? Das Recht des Obergerichts zur sofortigen Verwerfung kann daher nur auf die Fälle eingeschränkt werden, wenn die Appellationssumme unstreitig fehlt oder ge-

---

35) V. Gönner in den Jahrbüchern der Gesetzgebung in Baiern II. Bd. S. 203.

36) Im Archiv für civil. Praxis V. Bd. N.° 14.

37) So äußert sich die Oberappellat. Gerichtso. von Lübeck §. 41 der Zusatz: daß dann wegen Grundlosigkeit der Beschwerden die Verwerfung nicht Statt finde, wenn das erste Urtheil durch das zweite reformirt ist; wirkt wohlthätig.

38) Weimar. Oberapp. G. O. §. 64. Zerbster O. A. G. §. 35-40. Anhaltische Erl. zur Prozeßo. zu Titel XVI. §. 4.

gen ein Urtheil appellirt wird, wogegen gesetzlich kein Rechtsmittel Statt finden darf. — Ebenso tadelnswerth scheint aber auch die Sitte mancher Obergerichte auf den bloßen Vortrag des Appellanten und ohne Gehör des Gegners oder Akteneinsicht ein rescriptum de emendando zu erlassen, wenn auch die Beschwerde noch so erheblich scheint, [39]) weil der Appellat in jeder Instanz ein Recht hat, gehört zu werden, ehe etwas gegen ihn ausgesprochen werden kann, weil ein Urtheil ohne wechselseitiges Gehör nicht gedacht werden kann, weil zu oft falsche Darstellungen von Seite des Appellanten gemacht werden und das Obergericht leicht in die Lage kömmt, später eine andere Verfügung zu erlassen. [40])

Nicht unberücksichtigt darf die Befugniß, den Partheien in der Appellationsinstanz Nova vorzubringen, bleiben. Es kann nicht bezweifelt werden, daß dies beneficium, wie es die gemeinrechtliche Praxis begünstigt, mit einer strengen Eventualmaxime mit den peremtorischen Fristen und mit der präclusiven Beweisfrist nicht zu vereinigen ist, daher auch die sächsische [41]) und baierische [42]) Gesetzgebung das be-

39) Oesterlei Handb. des bürgerl. und peinl. Proz. für Hannover. II. Thl. S. 352.

40) Die Erläuterungen zur Anhaltischen Prozeßordn. v. 1822 Tit. XVI. §. 8 gestatten dem Obergerichte nicht die Aufhebung des vorigen Erkenntnisses außer 1) wenn die Appellation nur einen Inzidentpunkt betrifft und die Erheblichkeit der Beschwerden klar am Tage liegt; 2) wenn blos Erläuterung eines dunkeln Erkenntnisses, gegeben wird; 3) wenn die Competenz des Unterrichters in Zweifel gezogen ist und die Incompetenz klar am Tage liegt.

41) Chursächs. Constit. 21 p. 1. u. von den sächs. Herzogthümern Kori S. 291.

42) Cod. Jud. bav. cap. 15 §. 9.

neficium ganz aufheben oder doch sehr beschränken; hier kann nur die Frage seyn: welche Wege die neueren Gesetzgebungen eingeschlagen haben, und welcher der zweckmäßigste ist. Höchst geachtete Schriftsteller erklären sich gegen die Zuläßigkeit der Nova. [43]) Von den neuen Gesetzgebungen begünstigt consequent die preußische [44]) in ihrem Streben nach höchster materieller Wahrheit dies neue Vorbringen, jedoch nur in zweiter Instanz; die meklenburgische [45]) setzt dem Vorbringen nur die Beschränkung, daß in dem novo keine mutatio libelli liege, und das Beweismittel nicht desert sey; die bremische [46]) läßt nova zu, wenn nur der, welcher sie vorbringt, eidlich erhärtet, daß er sie vor dem Aktenschlusse, nach welchem das Erkenntniß erfolgt ist, beizubringen nicht vermocht habe; die hessische [47]) begünstigt die nova, während die anhaltische Prozeßordnung [48]) die Befugniß, nova vorzubringen, völlig verweigert. Die französische Gesetzgebung hat ihren eigenthümlichen Weg gewählt, [49]) sie gestattet kein neues Gesuch, ausser in so fern es auf Compensation ankömmt, oder

---

43) S. Globig System der Gesetzgebung S. 330. V. Gönner Entwurf eines Prozeßgesetzbuchs. Buch IV. cap. 2. §. 7. Vorst S. 123. V. Drais Geschichte der badischen Gerichtshöfe S. 118.

44) Preuß. Gerichtso. Tit. XIV. §. 49 e.

45) Meklenb. Ober A. G. O. §. 70 und dazu Nettelbladt. Meklenb. Civilprozeß §. 189.

46) Bremische Gerichtso. §. 505 b.

47) Hessische Civilprozeßo. Motive II. Heft S. 169.

48) Erläuterungen von 1822 zu Tit. XVI. §. 6.

49) Code de procédure art. 464. Pigeau Cours 1 p. 560. Berriat St. Prix p. 385. Carré traité et questions II. pag. 61.

wenn das neue Gesuch (nouvelle demande) nur Vertheidigung (défense eigentlich im Gegensatz der exception gebraucht) gegen die Hauptklage ist. Die Einrede der Verjährung kann zu jeder Zeit [50]) ebenso wie der Eid immer gebraucht werden. [51]) Der Gerichtsgebrauch schwankt über die Auslegung des Gesetzes; im Gegensatze der nouvelle demande, läßt er alle nouveaux moyens zu, und rechnet dahin auch neue Beweise, [52]) so wie er dann kein neues Gesuch annimmt, wenn es an die in erster Instanz gestellten Conclusionen angepaßt und damit verbunden werden kann. [53]) Es bedarf keiner Erörterung, daß dies keine feste Ansicht liefert, und ununterbrochen Streitigkeiten über die Zulässigkeit der nova entstehen, wobei nicht unbemerkt bleiben darf, daß der französische Prozeß, welcher keine peremtorische Beweisfrist kennt, weniger strenge gegen die nova zu seyn braucht. [54]) Die nassauische Prozeßordnung [55]) gestattet Neues vorzubringen, und zwar sowohl neue Einreden als neue Beweismittel, wenn nur der Eid geleistet wird, daß es unmöglich war, sie in voriger Instanz zu gebrauchen.

Bei dieser Verschiedenheit der Ansichten sey es er-

---

50) Code Napéleon art. 2224.

51) Code Nap. art. 1360.

52) Arrêt v. 25. Juli 1817 Sirey recueil 1818 p. 13.

53) Carré traité II. p. 62,

54) Auch der Codice di procedura pel cantone di Ticino art. 412 ist nicht deutlich, wenn es heißt: non é permessa la produzione di scrittiche non siano presentati in prima istanza e laddazione di ragioni od eccezioni che cangino lo stato della questione quella proposta.

55) §. 110.

laubt, vorerst darauf aufmerksam zu machen, daß das Vorbringen der nova mit dem Charakter des untergerichtlichen Prozesses zusammen hängt; da wo in erster Instanz nur mündlich verhandelt werden soll, wo das Urtheil erster Instanz nur als ein Versuch betrachtet, und das Untergericht nicht collegialisch organisirt ist, fordert die Consequenz das Vorbringen der nova zu gestatten, weil der Gesetzgeber darauf rechnen kann, daß in erster Instanz doch nicht vollständig verhandelt worden ist. Es bedarf nur einer Kenntniß der untergerichtlichen Protokollarverhandlungen, um zu wissen, daß häufig erst in der zweiten Instanz eine vollständige Darstellung der Sache eintritt. Ist dagegen schon das erste Gericht collegialisch und so organisirt wie ein französisches Tribunal [56]) erster Instanz, so hat das Gesetz schon mehr Gründe, die nova in den höheren Instanzen zu beschränken. Will aber dies ein Gesetz, so stößt dasselbe auf neue Schwierigkeiten; entweder muß der Gesetzgeber milder mit der Zulassung der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand seyn, oder alle nova ausschließen, oder die Arten der neuen Gründe scharf trennen. Wählt man den ersten Weg, so scheinen noch mehr Nachtheile heraus zu kommen; das Urtheil bleibt dann noch länger problematisch, weil die Parthei, welche das novum für sich hat, zu-

56) Die Frage über Zulässigkeit der Nova hängt auch mit der Mündlichkeit zusammen; da wo dem Obergerichte keine vollständigen Akten der ersten Instanz vorzulegen sind, wo nur in Sitzungen plädirt wurde, kann es auch bei den mündlichen Vorträgen in der zweiten Instanz nicht so genau mit den novis genommen werden, weil sich gar nicht so streng beweisen läßt, was novum ist; daher, und weil das röm. R. keine Eventualmaxime kannte, waren auch nova im röm. Prozesse leichter gestattet.

erst appelliren und dann erst die Restitution nachsuchen wird, so daß statt einem Rechtsmittel zwei entstehen, während der Gesetzgeber strenger in Ansehung der Restitution seyn kann, wenn er milder in Bezug auf nova der Appellationsinstanz war. Auch kann nicht unbemerkt bleiben, daß in die Schriften der oberen Instanzen sich doch immer nova einschleichen werden, daß aber, wenn das Gesetz wirklich strenge alle nova verbannen will, nur neuer Streit unter den Partheien entsteht, indem gewöhnlich eine Parthei eine Behauptung nur als Begründung und Erläuterung des Vorigen anführt, während die andere gegen das novum protestirt. Will aber ein Gesetz, was freilich zur Abkürzung am meisten beitrüge, alle nova, sowohl in der oberen Instanz als in Bezug auf Restitution, verbannen, so veranlaßt es theils neue Klagen, indem die mit dem novum ausgeschlossene Parthei das novum auf dem Wege einer neuen activ einschwärzen wird; theils widerstreitet die Härte der natürlichen Ansicht des gesunden Menschenverstandes und den Wünschen des Volkes, das von dem Civilprozesse keine solche Starrheit und Strenge erwartet, theils wird das Prinzip der materiellen Wahrheit zu oft verletzt und der Richter mit sehenden Augen sich als blind anstellen müssen, theils mag diese Härte am wenigsten in einer Zeit vertheidigt werden, welche, wie die unsrige, die Bürger von der sogenannten Advokatenherrschaft befreien, und ihnen die Verfolgung ihrer Rechte ohne Rechtsbeistand möglich machen will. In den von den Juristen für den gemeinen Prozeß aufgestellten Beschränkungen sind übrigens hinreichende Sicherheitsmittel, welche den Mißbrauch beseitigen.

Unterscheidet man die nova, so kann die Neuheit entweder darin liegen, a) daß die Parthei gar nichts

vom Daseyn früher gewußt hat, oder b) daß sie zwar das Daseyn, z. B. des Zeugen, kannte, aber nicht früher produziren konnte, oder c) daß die Parthei die Behauptung oder das Beweismittel kannte, auch schon früher hatte, aber nicht es gebrauchte, so daß das Neue darin besteht, daß es in den Akten zum Erstenmale vorkömmt. Im letzten Falle verdient das novum gar keine Berücksichtigung, da es von der Parthei abhing, den ganzen Stand ihrer Mittel der Rechtsverfolgung zu würdigen, und da durch ihre Wahl des bisher Vorgebrachten ein wahrer Verzicht auf das Nichtvorgebrachte ausgesprochen ist, um so mehr, als durch die Gestattung solcher nova der Chikane und dem Streben, Prozesse zu verlängern, Thür und Thor geöffnet ist. In Ansehung der zweiten Art der nova, könnte durch eine gesetzliche Vorschrift, welche der Parthei, die ein solches novum vorbringen will, dies nur dann gestattet werden, wenn sie in den vorigen Schriften die Behauptung vorgebracht und zugleich erklärt hat, daß sie den Beweis dafür noch zur Zeit nicht auffinden könne, und nach der Auffindung das erst jetzt eingetretene Vorfinden beschwört, manchem Mißbrauch vorgebeugt werden. 57) Nur nova der ersten Art, wenn der Eid geleistet wird, sollen unbedingt zulässig seyn. — Nicht zu rathen aber ist es, die französischen Unterschiede, welche nur Streit

57) Wie oft bringt z. B. eine Parthei die Einrede der Zahlung später in Appellation vor, und beschwört, daß sie jetzt erst die Beweise z. B. die Quittung gefunden habe; wußte sie früher schon, daß bezahlt war, so mußte sie die Einrede vorschützen und nur anzeigen, daß sie den Beweis nicht habe; thut sie dies, so wird zwar nach der Aktenlage, also ohne Rücksicht auf den nicht beigebrachten Beweis, erkannt, aber die Parthei kann das novum nachbringen.

begünstigen, anzunehmen. Auch das durch die Praxis ausgebildete Mittel der Adhäsion, oder wie es im französischen Prozesse heißt: appel incident, verdient in jeder neuen Gesetzgebung beibehalten zu werden; hiezu räth die Betrachtung, daß nicht selten eine Parthei deswegen nicht appellirt, weil sie hofft, daß auch ihr Gegner nicht appelliren werde, daher lieber, wie Gönner [58]) bemerkt, ein kleines Unrecht erträgt, wenn auch der Andere von seiner Seite das Urtheil nicht angreifen würde. Gestattet man keine Adhäsion, so muß jede Parthei, die auch sonst sich beruhigt haben würde, zur Sicherstellung ihrer Rechte appelliren, weil sie ungewiß ist, was ihr Gegner thun würde. Auch ist es richtig, [59]) daß in manchen Fällen erst die Appellation von einer Seite die Möglichkeit einer Beschwerde von der anderen Seite eröffnet. Von neuen Gesetzgebungen hat die Meklenburgische [60]) die Adhäsion verbannt, d. h. sie fordert von jeder Parthei, daß sie wegen ihrer Beschwerden selbstständig Rechtsmittel einlege, sie gestattet aber die Gemeinschaft der Appellation in so ferne, als der Appellat in der Exzeptionsschrift rücksichtlich der vom Appellanten angefochtenen Punkte auf Abänderung der sent. a qua zum Nachtheil desselben antragen kann. [61]) Sehr

---

58) Motive zum Entwurf eines Prozeßgesetzb. S. 845.

59) S. auch hessische Civilprozeßgesetzgebung 2. Heft S. 178; dort ist das Beispiel aufgestellt, daß die von einem pcr. debiti Beklagten vorgebrachte Einrede der Verjährung im Urtheil verworfen, der Beklagte aber doch, weil die Klage nicht begründet sey, freigesprochen wird. Wenn hier der Kläger appellirt, so hat auch erst der Beklagte Grund, wegen seiner Beschwerde zu appelliren.

60) Oberappellat. G. O. §. 69.

61) Nettelbladt. Meklenb. Civilproz. S. 387.

unbestimmt drückt sich darüber der französische Code aus, [62]) wenn er dem Appellaten (intimé) gestattet, incidenter in jeder Lage der Sache zu appelliren, selbst wenn er das Urtheil dem Gegner ohne Protestation signifizirt hat. Erst der Gerichtsgebrauch, [63]) gestützt auf mehrere arrêts, [64]) hat der Stelle die Deutung gegeben, daß das Recht des Appellaten sich nur auf jene Theile des Urtheils beziehe, welche mit den Beschwerden der Hauptappellation connex sind, obwohl es wegen der Allgemeinheit der Vorschrift im Art. 443 an widersprechenden Ansichten nicht fehlt. [65]) Der Appellat braucht übrigens in Frankreich seine Adhäsion voraus gar nicht anzuzeigen, sondern kann erst in der Sitzung seine Conclusionen stellen. [66]) Die Frage kann bei der Adhäsion nur noch seyn: ob eine Gesetzgebung, wie es die deutsche Praxis weise gethan hat, das Recht des Appellaten nur auf die mit den Beschwerden des Appellanten conneren Punkte beschränken soll, [67]) oder ob überhaupt dem Appellaten nachgelassen werden soll, nachträglich seine Rechtsmittel auch über die Punkte vorzubringen, welche mit der Beschwerde des Appellanten nicht in Verbindung stehen, wie dies Hurlebusch [68]) vorgeschlagen hat;

---

62) Code de proc. art. 443.
63) Pigeau Cours. t. I. p. 555. Berriat St. Prix p. 377. Carré traité et questions. t. II. p. 14.
64) Ges. arrêt v. 18. Mai 1806 1. Aug. 1810, s. Sirey Code de proc. annoté p. 336.
65) Arrêt de la Cour de Rennes v. 20. Aug. 1817.
66) Journal des avoués tom. VII. p. 361.
67) Dies thun auch bremische Gerichtso. §. 502. Nassauische Prozeßordn. §. 111.
68) In den Beiträgen zur Civil- und Criminalgesetzgebung 2. Heft S. 153.

mag auch für die letzte Ansicht die Natur wechselseitiger Rechtsmittel sprechen, mag es billig seyn, daß die Friedensliebe des Appellaten, sobald sein Gegner nicht ebenfalls davon beseelt ist, ihm nicht zum Nachtheil gereiche, so muß doch die gemeinrechtliche Ansicht empfohlen werden. Das Recht zu adhäriren ist ein dem strengen Rechte widersprechendes, da der Appellat in Bezug auf sich das Urtheil hat in Rechtskraft übergehen lassen, und nur eine mit politischen Rücksichten verknüpfte Billigkeit kann den Gesetzgeber bewegen, Adhäsion zu gestatten; es ist aber zuviel behauptet, wenn man annimmt, daß der Appellat, wenn im Urtheile Hauptpunkte ungünstig für ihn entschieden sind, die Appellation liegen lassen werde, und nur in solchen Punkten tritt nach der Erfahrung die sogenannte Friedensliebe ein, in welchen Appellant und der Appellat beschwert sind, und der nachherige Appellant am meisten beschwert ist. Hier mag es billig seyn, dem Appellaten zu gestatten, von der einmal ergriffenen Appellation des Gegners Gebrauch zu machen; — besteht aber das Urtheil aus mehreren von einander ganz verschiedenen Punkten, und war jede Parthei in einem Punkte beschwert, so konnte jeder selbstständig Rechtsmittel ergreifen; unterließ es ein Theil, so ließ er in diesem Punkte das Urtheil in Rechtskraft übergehen, und nur in Bezug auf die Appellation des Gegners, und den durch die Beschwerde in der Rechtskraft gehinderten Punkt ist er Appellat, und mag von der Appellation Vortheil ziehen; eine weitere Ausdehnung des Rechts muß Nachtheile erzeugen und steht mit der Rechtskraft im Widerspruche. —

Ein zweckmäßiges Beschleunigungsmittel der Prozesse hat man in den Fällen vorgeschlagen, in welchen das Obergericht, ungeachtet das erste Urtheil definitiv

entschied, noch neue Beweise anordnet, z. B. Vorlage von Urkunden oder Vernehmung von Sachverständigen gebietet. Manche Gerichte verweisen in solchen Fällen die ganze Sache mit Aufhebung des vorigen Urtheils an die erste Instanz zurück, und lassen dort erst ein neues Urtheil fällen. Dagegen haben ausgezeichnete Praktiker 69) sich erklärt, und verlangen, daß das Untergericht zwar die nachträgliche Aufklärung instruire, den Gegner mit seinen Einwendungen über die neuen Behelfe vernehme, aber die Akten einsende, so daß das Obergericht selbst in der Sache spricht. So abkürzend dadurch diese Einrichtung wirken mag, so bedenklich kann doch ihre unbedingte Anwendung werden, wenn man erwägt, daß durch die hinzu gekommenen neuen Aufklärungen der Stand der Sache ein ganz anderer wird, und jetzt ein neues Urtheil über eine neue Aktenlage erfolgt; hat z. B. die neue Urkunde oder der vernommene Sachverständige ein von dem vorigen verschiedenes Resultat geliefert, so wird der Beklagte, der zuvor von der Klage entbunden wurde, jetzt verurtheilt werden müssen; spricht dies das Obergericht selbst aus, so steht dies Urtheil als unabänderlich da, und der Beklagte sieht sich jetzt unvermuthet und ohne weiteres Rechtsmittel verurtheilt; während er, wenn dies Urtheil von erster Instanz gegen ihn ergangen wäre, noch durch Rechtsmittel den Inhalt hätte abwenden können. Erkennen die Gesetze überhaupt das Recht auf mehrere Instanzen, verlangen sie ein Zusammenstimmen mehrerer Gerich-

69) Gönner Commentar S. 290. Graf v. Arco von den Ursachen der außerordentlichen Zunahme der Berufungen zur dritten Instanz S. 76—90.

te, so ist kein Grund da, eine Ausnahme in den erwähnten Fällen zu machen, weil das vorige Urtheil nicht mehr existirt und eine völlig neue Aktenlage ein neues Urtheil mit allen sonstigen Wirkungen und Mitteln dagegen verlangt. Dies Bemerkte gilt jedoch nur von den Fällen, wo ein neuer Beweis angeordnet und vollführt worden ist, sey auch nur ein neues Beweismittel da; wenn dagegen das Obergericht nur Aufklärung über die schon geführten Beweise verlangte, oder, wenn nur die nova zur Unterstützung und Bestärkung der vorigen Beschwerden angeführt wurden, ohne daß auf sie allein die Beschwerde gebaut war, ist das Erkenntniß dem Obergerichte zu überlassen.

Wenn die Appellation nur gegen ein Beweisinterlokut Statt fand, und das Obergericht dasselbe überflüssig, vielmehr die Sache reif zu einem Enderkenntniß findet, so kann unbedenklich das Letzte von dem Obergerichte selbst gefällt werden. [70])

---

70) Dies spricht auch der französ. Code art. 473 aus; allein als Muster der Unbestimmtheit setzt der Artikel hinzu: il en sera de même dans les cas, ou les cours ou autres tribunaux d'appel infirmeraient soit pour vices de forme soit pour toute autre cause des jugements définitivs. S. über die Auslegung dieser Stelle Berriat St. Prix p. 392. Carré traité II. tom. p. 81.

§. III.

Wiedereinsetzung in den vorigen Stand.

Der Ursprung des erwähnten Rechtsmittels aus dem römischen Rechte [1]) kann nicht bezweifelt werden, obwohl eben so gewiß ist, daß nur in wenig Fällen [2]) das Mittel Statt fand. Bekannter, obwohl auch noch sehr beschränkt [3]) und nicht wegen bloßer nova gestattet, kam die Restitution im canonischen Rechte vor, und selbst darüber, ob wegen nova ex clausula generali die Restitution gegen Urtheile zuläßig sey, blieb spät noch [4]) unter den Praktikern der geistlichen Gerichte Streit. Das deutsche Recht wußte davon gar nichts, und daß selbst nicht aus der Leuterung wie manche Schriftsteller glauben [5]) die Restitution in die Reichsgerichte kam, ergiebt sich daraus, daß in den nämlichen Fällen Leuterung und Restitution

---

1) L. 33 D. de re iudic. L. 31 D. de iurejur. L. 1. 2. Cod. si ex falsis instrum.

2) S. neuere Untersuchungen in Batz Abhandlungen S. 137. Gensler im Archiv für civil. Praxis IV. Band S. N.° 12.

3) Ueber Auslegung des can. 10 X. de in int. rest. Gensler im Archive l. c. S. 125.

4) S. Maranta de ordine judiciar. p. 679 N.° 61 vergl. mit Duranti specul. lib. II. p. III. (Francf. 1692) tom. II. p. 525.

5) J. B. Hase de restitut. in int. adres. sent. sumar. imp. (Giess. 1743) p. 16, von Kamptz in den Beitr. zum meklenburg. Staats- und Privatr. VI. Thl. S. 110. Bemerkt muß übrigens werden, daß in Meklenburg ein ordentliches aber nicht devolutives Rechtsmittel, das keine nova fordert, restitutio heißt.

neben einander vorkommen [6]. Nur langsam konnte sie in den Reichsgerichten durch den Gerichtsgebrauch ein Ansehen erhalten. Obwohl schon am Ende des XV. Jahrhunderts Beispiele nachgesuchter Restitutionen vorkommen [7], so schweigen doch die älteren Reichsgesetze darüber [8]; auch die Sammler des Gerichtsgebrauchs im XVI. Jahrhundert schweigen oder berühren sie nur [9], und die Partikularprozeßordnungen des XVI. Jahrhunderts erwähnen ihrer nicht. Erst von dem Reichsdeputationsabschiede von 1600 an [10] wurde das Rechtsmittel allgemeiner auch in den Landesgerichten bekannt, bald aber auch mißbraucht, und in seinem Umfange ein Gegenstand des Streits, und nur der sächsischen und baierischen Gesetzgebung gebührte das Verdienst weiser Beschränkungen [11]. Von den neuen Gesetzgebungen hatte die preußische [12] das Rechtsmittel nur auf die Fälle eingeschränkt, wenn der Minderjährige durch seinen Vormund im Prozesse verkürzt wurde, und wenn eine Parthei auf

---

6) F. v. Riedesel Vorträge an den vollen Rath des Kammergerichts S. 84.

7) Harprecht Kammergerichtsarchiv 1 Thl. p. 93. 140 VI. Thl. S. 538. 549.

8) Ueber den Gang der Reichsgesetzgebung über Restitution am besten J. Uhlhelmer num. remed. restitut cum rem. revision. in camer. conjungi possit. Bamberg 1778 und Riedesel Vorträge S. 83—88.

9) J. B. Alciat (oder der unter diesem Namen aufgeklärten Sammler) Judiciar. process. compend. p. 264.

10) §. 138. Aus früheren Gesetzen z. B. Deput. Absch. v. 1533 §. 4. Kammer G. O. v. 1555. 111. Tit. 50 kann man nur schließen, daß das Rechtsmittel bekannt aber nicht begünstigt war.

11) S. baier Jud. Cod. cap. 16 §. 1.

12) Gerichtsordnung Tit. XVI. §. 12.

neue Dokumente sich beruft. Zu sehr unzweckmäßigen Vorschriften dagegen kam der französische Prozeß. Schon die Bestimmungen der Ordonnance von 1667 [13]) darüber, unter den Gesichtspunkt der römischen retractatio gestellt, waren unbefriedigend, die neuere Gesetzgebung behielt die Fälle der älteren bei, und zog noch einen zuvor zur Nullitätsquerel gerechneten Fall, wenn das Urtheil auf Nullitäten wegen Verabsäumung von vorgeschriebenen Formen sich stützt, herein. Auf diese Art entstand unter dem Namen: requête civile als eine Mischung der Nullitätsquerel und der Restitution ein in eilf Fällen zulässiges Rechtsmittel [14]). An Controversen fehlt es nicht [15]); das Rechtsmittel ist übrigens nicht devolutiv und eine sehr zwecklose Formalität der alten Ordonnance ist beibehalten, nach welcher der Restitutionsnachsuchende eine von drei Advokaten unterzeichnete Consultation, welche die Restitution gut heißt, einreichen muß [16]).

---

13) Tit. 35 s. Bornier Conférence Tom. I. p. 317.

14) Art. 480 Code de proc. Wenn Dolus vorhanden war, wenn vor oder bei Fällung der Sentenz die bei Strafe der Nichtigkeit vorgeschriebenen Formen verletzt wurden, wenn über Gegenstände, um die nicht gebeten war, oder wenn mehr zuerkannt war, wenn ein Klagepunkt übergangen war, wenn mehrere Urtheile der letzten Instanz mit einander im Widerspruch waren, wenn das nämliche Urtheil Widersprüche enthielt, wenn das Urtheil auf falsche Urkunden gebaut war, wenn neue Urkunden nach dem Urtheile entdeckt wurden, wenn die Staatsbehörde nicht gehört wurde, wenn der Staat, Gemeinden oder öffentliche Anstalten nicht vertheidigt wurden.

15) Berriat St. Prix Cours tom. II. p. 402. Carré traité II. p. 100.

16) Code art. 495.

Das Unpassende dieser Bestimmungen entging auch der Gesetzgebung von Genève nicht; sie ließ statt der Restitution das Rechtsmittel der Revision zu; während der Code nur neue Dokumente zuließ, wenn der Gegner im vorigen Prozesse sie zurückgehalten hatte, gestattete das Gesetz die Revision einer wegen neu aufgefundener Urkunden, und die Pflicht des Impetranten, nach französischem Prozesse 300 Franken voraus zu erlegen, wurde ebenso wie die Forderung der Consultation der drei Advokaten aufgehoben [17]. Das Gesetzbuch des Kantons von Tessin [18]) läßt Restitution zu, wenn auf falsche Dokumente geurtheilt ist, wenn in den vorigen Erkenntnisse Dolus oder Fälschung mitwirkte, oder wenn neue relevante Urkunden aufgefunden wurden. Die neuen deutschen Gesetzgebungen wählen verschiedene Wege der Beschränkung. Die Oberappellat. Gerichtsordnung der vier freien Städte [19]) läßt die Restitution zu, wenn das Urtheil auf falsche Urkunden, falsche Zeugenaussagen oder untergeschobene oder absichtlich wahrheitswidrige Gutachten von Sachverständigen gebaut war oder wenn gegen einen nothwendigen Haupten neue Beweismittel aufgefunden werden; die sächsische [20]) und Zerbster Ober A. O. [21]) erwähnen nur des Rechtsmittels wegen neuer Beweismittel, die bremische Gerichtsordnung [22]) gestattet sie wegen neuer erheblicher Beweismittel und Thatumstände, die

---

17) Exposé des motifs de la loi de Genève p. 174 — 184.
18) Codice di procedura civile art. 425.
19) §. 55.
20) Weimar. Ober A. O. §. 26.
21) Zerbster O. A. O. §. 53.
22) Gerichtso. §. 523.

Nassauische [23]) erlaubt nur sie dann nur wegen nova, wenn einer der im röm. R. vorkommenden Restitutionsgründe gegen rechtskräftige Urtheile hinzu kömmt, oder wenn die Parthei auf andere Art als durch ihren Eid erweiset, daß sie briefliche Urkunden ohne Schuld nicht vor dem Urtheile kannte. Die bernische Gesetzgebung [24]) gestattet Gesuch um ein neues Recht, sowohl wegen Beweismittel, deren während der Verhandlung gedacht, die aber erst seit der Fällung des Urtheils zur Hand gebracht wurden, als wegen neu entdeckter Beweismittel und wegen erfolgter Fälschung; wendet man sich nun an die genauere Beurtheilung der verschiedenen Ansichten, so kömmt es vorerst auf die Frage an: ob die bloße Neuheit einer Behauptung oder eines Beweismittels genügen soll, oder ob ausser der Neuheit die Zulässigkeit der Restitution noch von dem Daseyn anderer Bedingungen abhängen soll, z. B. von dem Dolus des Gegners oder einer entdeckten Fälschung? — Wenn zwar für die Beschränkung des Rechtsmittels im zweiten Sinne die Erwägung spricht, daß die gerichtliche Wahrheit nur das Resultat einer gewissen Aktenlage ist, und der Staat mit formeller Wahrheit sich begnügen muß, wenn er nicht ins Unendliche fort Prozesse laufen lassen will, wenn es wahr ist, daß die Rechtssicherheit und Gewißheit der Rechtsverhältnisse ein Hauptstreben jeder Gesetzgebung ist, daß aber, sobald ausserordentliche Rechtsmittel gestattet sind, keine siegende Parthei darüber beruhigt seyn kann, daß nicht in wenig Wochen ihr Gegner mit der Behauptung neu

---

23) Nassau. Prozeßo. §. 127.
24) Gesezbuch über das gerichtliche Verfahren Art. 321.

aufgefundener Thatsachen auftreten und zu einem neuen kostspieligen Verfahren sie nöthigen werde, wenn die Consequenz der Eventualmaxime und die Kraft peremtorischer Beweistermine das Ausschließen des neuen Vorbringens zu fordern scheint, wenn dazu die Erfahrung kömmt und belehrt, daß in den meisten Fällen, in welchen Restitutionen nachgesucht werden, nur chicaneuse Absicht sie erzeugt, und der Ausgang die Zwecklosigkeit des neuen Verfahrens lehrt, wenn endlich von jeder Parthei, welche zu Gericht kömmt, erwartet werden kann, daß sie sich gehörig vorbereitet und die Mittel der Rechtsverfolgung erwogen haben werde, wenn in den meisten Fällen, in welchen jemand mit neuem Vorbringen auftritt, ihm vorgeworfen werden konnte, daß er durch eigene Schuld das Beweismittel nicht sorgfältiger bewahrte, so dürfen doch auch andere Rücksichten nicht unbeachtet bleiben. Es ist ein in jeder Gesetzgebung herrschendes Streben, bei aller Strenge über die Einhaltung der Formen zu verhindern, daß nicht materielles Unrecht in formelles Recht übergehe, und die Fortbildung des römischen Rechts durch den Prätor, wie der seit den Glossatoren in der Praxis geltende Satz: novum emergens novum requirit auxilium sind die Beweise dieses Strebens, und nur da, wo eine Parthei durch eigene Schuld im Prozesse unterliegt, so daß sie auch bei dem besten materiellen Rechte nur sich den Vorwurf machen muß, wenn sie nicht siegte, hat die Gesetzgebung Gründe, das Urtheil unumstößlich bestehen zu lassen. Die Schuld einer Parthei kann aber darin liegen, daß sie entweder bei Eingehung eines Rechtsgeschäfts gar nicht für den nöthigen Beweis desselben sorgte, und im Uebermaaße des Vertrauens nur auf ihren Mitcontrahenten baute, oder daß sie in

der Bewahrung des Beweismittels leichtsinnig war; in solchen Fällen der Schuld verdient die Parthei, welche den Prozeß, wegen Mangels der Beweise, verlor, und später mit der Behauptung neuer Entdeckungen den Streit wieder beginnen will, keine Milde, sondern leidet, wenn das Urtheil als unumstößlich erklärt wird, nur die Folgen eigener Schuld. Wenn daher eine Parthei zu einem wichtigen Geschäft weder Zeugen zugezogen, noch eine Urkunde errichtet hat, und nun wegen Mangel eines Beweises den Prozeß verliert, so verdient sie auch nicht mit einem Restitutionsgesuch gehört zu werden, wenn sie später erfährt, daß zufällig ein Zeuge von dem Rechtsgeschäfte etwas wußte und nun bereit ist, darüber auszusagen; denn dies spätere Auffinden des zufälligen Zeugen kann den gerechten Vorwurf der Sorglosigkeit nicht heben, weil der Zeuge nicht absichtlich zum Geschäfte beigezogen war. Auf gleiche Art verdient der keinen Schutz, welcher ein Beweismittel, dessen Bewahrung von ihm abhing, durch Sorglosigkeit aus seinen Händen kommen ließ, z. B. eine Urkunde, auch wenn er zufällig wieder das Verlorene später auffindet. Ungeachtet dieser Schuld kann das Gesetz nur dann gegen eine Parthei nachsichtiger seyn, wenn a) nicht die jetzt streitende Parthei selbst die Schuld trifft, sondern von einem Rechtsverhältnisse die Rede war, welches nicht in der Person des Streitenden entstand, oder b) wenn der Gegner durch wissentlich gefälschte Beweismittel siegte, weil hier die Rücksicht eintritt, daß Niemand aus seiner unerlaubten Handlung Nutzen ziehen darf. Alle Begünstigung verdient aber dann eine Parthei, wenn ihr schon vom Anfange an keine Schuld vorzuwerfen war, wenn sie daher für ein Beweismittel gehörig gesorgt hatte, wenn aber durch Zufall dasselbe für sie

verloren ging, oder von dem Gegner absichtlich zurück gehalten wurde; in diesen Fällen begründet die spätere Entdeckung des Beweismittels die Restitution, obwohl das später Aufgefundene hier nur relativ neu genannt werden kann, indem die Parthei das Daseyn des Beweismittels früher wohl kannte, aber dasselbe beizubringen nicht im Stande war; [25]) nur kann in diesen Fällen das Gesetz von der Parthei verlangen, daß sie im vorigen Prozesse das ihr bekannte Beweismittel bestimmt, und soviel ihr davon bekannt ist, bezeichne, wenn sie will, daß in der Folge von dem neu Aufgefundenen ein Gebrauch gemacht werden soll. Auf diese Art wäre nie das bloße novum für sich ein Restitutionsgrund, sondern es müßten immer noch besondere Bedingungen hinzu kommen, wenn es beachtet werden sollte. Die Parthei, welche auf das novum das Rechtsmittel bauen wollte, müßte daher ihre Schuldlosigkeit wegen der verspäteten Produktion darthun können; a) bei Beweismitteln, welcher die Parthei schon bei Eingehung des Rechtsgeschäfts absichtlich über dasselbe beizog oder errichtete, müßte sie,

---

25) Von Gönner in den Motiven zum Prozeßgesetzbuche S. 859 läßt auch ein novum juris dann als Restitutionsgrund zu, wenn das jus als factum z. B. in dem Beweise eines vorher nicht bekannten Statutarrechts besteht. Allein erwägt man, daß hier das jus nicht aufhöre jus zu seyn, daß nur in Ansehung der Beweisführung solche jura singularia wie facta behandelt werden, daß die Parthei, wenn sie das Statutarrecht nicht kannte, auch nicht unter der Voraussetzung desselben ihr Rechtsverhältniß eingehen konnte, daß auf jeden Fall durch die Gestattung dieser Restitution zu viele Chikanen bei unserem deutschen Rechtszustande begünstigt würden, so kann man wohl mit Gönner nicht einverstanden seyn.

wenn sie sie im früheren Prozesse nicht besaß, das Beweismittel wenigstens, wie oben bemerkt wurde, bestimmt bezeichnet und sich darauf berufen haben; b) bei neu aufgefundenen Beweisen anderer Art, müßte sie erweisen, daß das Beweismittel bisher durch den Gegner absichtlich zurück gehalten wurde; c) oder ihr Beweis mußte darauf gehen, daß ihr Gegner wissentlich falscher Beweismittel, worauf das Urtheil gebaut wurde, sich früher bediente; d) nur bei Rechtsgeschäften, bei deren Eingehung die jetzt streitende Parthei nicht thätig war, die also in einer anderen Person entstanden, könnte [26]) das bloße novum genügen. Beschränkt man auf diese Art das Vorbringen der nova, so ist nicht leicht ein Mißbrauch zu besorgen, die Gesetzgebung giebt hier nicht einer unzeitigen und durch nichts begründeten Milde nach, auch steht nicht die Eventualmaxime im Wege, weil diese ihrem Zwecke nach nur darauf gehen kann, daß eine Parthei alles, was ihr zur Zeit des Rechtsstreits bekannt ist und zu Gebote steht, auf einmal und wenigstens eventualiter gebrauche, [27]) nicht aber, daß sie mit dem ihr später erst Bekannten gar nicht mehr gehört werde. Für den Gesetzgeber und Praktiker dürfte jedoch die auch von Globig [28]) bemerkte Rücksicht bedeutend

---

26) Von Globig in seinem System der Gesetzgebung für das gerichtliche Verfahren S. 339 gestattet Restitution, wenn alle Thatsachen zu beweisen sind, welche nicht die Person des Beweisführers selbst, sondern seinen Vorgänger oder eine Mittelsperson der Handlung betreffen.

27) S. gute Bemerkungen über die Eventualmaxime in Zum-Bach vollst. Gegeneinanderstellung der Hauptmomente der preuß. und französ. Prozeßordn. S. 169—179.

28) Censura rei Jud. for. tom. II. p. 223.

seyn, daß bei der Restitution überhaupt der Beklagte mehr Begünstigung als der Kläger verdiene, weil er sich nicht wie der letztere vorbereiten konnte, sondern zur Verfolgung des Rechts gezwungen war. Was die Beweismittel betrifft, welche, als neu aufgefunden, Restitution begründen sollen, so ist über Urkunden nie gestritten worden, nur muß ihre Erheblichkeit in der Art gefordert werden, daß durch sie entweder das Fundament der Klage unmittelbar, oder eine wahre Exzeption bewiesen werden kann. In Ansehung der Zeugen wird die Sache schon schwieriger; während der gemeine Prozeß auch neue Zeugen zuläßt, ist der sächsische Prozeß strenge dagegen, und noch ein neues sächsisches Gesetz [29]) schließt die Zeugen aus; der preußische Prozeß [30]) läßt Restitution wegen neu aufgefundener Zeugen nur zu, wenn der Implorant diese Zeugen bei einer im vorigen Prozesse schon vorgekommenen Thatsache damals bestimmt angezeigt hatte, und ihre Vernehmung wegen Abwesenheit oder Krankheit, oder weil der Aufenthalt unbekannt gewesen ist, oder weil der fremde Richter sie nicht vernehmen wollte, unterblieb. Während Hurlebusch [31]) Zeugen zulassen will, findet Pratobevera [32]) ihre Zulassung bedenklich. Allerdings hat nach dem Geiste des canonischen Rechts, nach der bestimmt geäusserten Furcht vor Bestechung der Zeugen,

---

29) Königl. sächs. Mandat vom 22. Nov. 1821.

30) Gerichtsordnung Tit. XVI. §. 26.

31) In den Beiträgen zur Civil- und Criminalgesetzg. II. Heft S. 131.

32) In einer trefflichen Abhandlung über die Restitution in den Materialien zur Gesetzkunde in Oesterreich VI. Band N.° III. S. 177.

und aus der Rücksicht der Leichtigkeit einen gewissenlosen Menschen zum Zeugniß bestimmen zu können, die Zulassung neuer Zeugen viel gegen sich, so wie auch die Consequenz einer Gesetzgebung, die, wie die französische, den Zeugenbeweis nicht bei einer größeren Summe zuläßt, keine Begünstigung des neuen Zeugenbeweises gestattet. Hält man sich auch an die obige Unterscheidung der nova, so ergiebt sich leicht, daß die bloße Behauptung, daß man neue Zeugen aufgefunden habe, kein Restitutionsgrund seyn darf, weil theils bei der ersten Begründung des Restitutionsgesuchs es nicht so wie bei Urkunden, die vom Gerichte nur eingesehen werden dürfen, bei Berufung auf Zeugen möglich ist, zu prüfen, ob die Restitution nicht aus Chicane impetrirt ist, indem der Richter nicht wissen kann, was der Zeuge aussagen wird, theils weil in den meisten Fällen, in welchen sich die Parthei auf neue Zeugen beruft, die Parthei nur Zeugen anführen kann, die zufällig bei dem Rechtsgeschäfte waren, oder etwas darüber aussagen können, so daß der Vorwurf ihr immer noch gemacht werden kann, daß sie nicht bei der Eingehung des Rechtsgeschäfts für ein Beweismittel gesorgt hat; auch ist unverkennbar bei der Produktion eines irgendwo aufgehaschten sogenannt neuen Zeugen die Gefahr der Bestechung zu groß. Aus dem nämlichen Grunde, und hier noch mehr, weil überhaupt bei Sachverständigen soviel vom Glauben abhängt, und gerne ein Kunstverständiger des Widerspruchs wegen anderer Meinung als der College ist, sollte auch die Berufung auf neue Sachverständige, z. B. wenn durch sie der Irrthum der vorigen nachgewiesen werden soll, nie eine Restitution begründen, vorzüglich da jede Parthei die Vermuthung gegen sich hat, daß sie die Kunstverständigen

schon früher hätte erbitten können.[33] Ganz anders verhält sich die Sache, wenn von Zeugen die Rede ist, welche die Partheien zur Eingehung des Rechtsgeschäfts beigezogen hatten, welche sie aber wegen Abwesenheit oder weil der Aufenthalt des Zeugen unbekannt war, nicht produziren konnten; hier fällt der Grund des Vorwurfs einer Schuld der Parthei weg. Die Besorgniß der Bestechung wird aber entfernt, wenn das Gesetz, wie das preußische thut, verlangt, daß die Parthei, die jetzt zur Restitution auf einen Zeugen sich berufen will, schon im vorigen Prozesse den Zeugen benannt, aber dabei angegeben habe, daß die Vernehmung nicht geschehen konnte. Nicht weniger muß die Produktion neuer Zeugen dann erlaubt seyn, wenn die Parthei zugleich damit den Beweis antritt, daß ihr Gegner durch falsche Beweismittel den Prozeß gewonnen habe; nur darf dieser Beweis nicht blos auf die Unwahrheit des vom Gegner früher Bewiesenen, sondern er muß darauf gerichtet werden, daß die damals produzirten Zeugen und Sachverständigen bestochen oder die Urkunden verfälscht waren. Der Beweis, daß der Gegner in dem früheren Prozesse falsch geschworen habe, kann wegen der durch Erfahrung erwiesenen Chikanen und Mißbräuche im Civilprozesse nicht früher zugelassen werden, bis im Criminalprozesse der Gegner des Meineids überwiesen worden ist; erst auf das rechtskräftige Criminalurtheil sollte das Restitutionsgesuch eingeleitet werden.

Nicht weniger wichtig ist die Frage: durch welche Beweise der Implorant die Neuheit seines Beweismittels und der übrigen Bedingungen der Restitution her-

---

33) V. Drais Geschichte der badischen Gerichtshöfe S. 114.

stellen darf. Im gemeinen deutschen Prozesse brauchte der Impetrant nur einen Eid zu leisten, der darauf ging, daß er das novum entweder früher nicht gekannt, oder es nicht habe beibringen können, oder dasselbe beizubringen nicht für dienlich erachtet habe; daß durch den letzten Theil der Eidesformel die auffallendsten Mißbräuche veranlaßt und chikaneuse Restitutionen begünstigt wurden, indem der Advokat sehr leicht beschwören konnte, daß er es früher nicht für dienlich erachtet habe, ist in der Praxis überall anerkannt; die neueren Gesetzgebungen gestatten daher auch nicht mehr dieß zu beschwören, und in dem neuesten Beschluß des Bundestags [34]) über die Restitution gegen rechtskräftige Austrägalurtheile wurde weise die Eidesformel nur darauf gerichtet, daß der Implorant von den novis vor der Eröffnung des Urtheils keine Wissenschaft gehabt, und solche erst nachher erlangt habe. Die Nothwendigkeit der Beschränkung der Eide und insbesondere auch des Restitutionseides wird überall anerkannt, [35]) aber der Hauptnachtheil schien immer darin zu liegen, daß man diesen Eid als eine Art des Calumnieneides betrachtete; in so ferne hat er freilich alle bekannten Gründe dieser Eide gegen sich und verdient keine Begünstigung. Am einfachsten geht man von der Ansicht aus, daß das bloße novum für sich nicht hinreiche, die Restitution zu begründen, daß vielmehr gewisse oben angegebene Bedingungen hinzu kommen müssen, welche zugleich zum Funda-

34) S. Mohl die öffentliche Rechtspflege des deutschen Bundes S. 207.

35) Von Drais Gesch. der badischen Gerichtshöfe S. 113. Globig censura rei Jud. Tom. II, p. 222 not. Hurlebusch Beiträge 2 H. S. 138.

mente der Restitutionsklage gehören, und von dem Restitutionskläger wie andere Merkmale der Klage erwiesen werden müssen. Die Beweisführung hängt nun von den behaupteten Thatsachen ab, durch welche der Impetrant die Restitution begründen will. In Fällen, wo er sich auf ein novum beruft, welches ein bei Errichtung des Rechtsgeschäfts gebrauchtes und später verlornes Beweismittel enthält, muß er nach dem obigen Vorschlage ohnehin im vorigen Prozesse das Beweismittel schon bestimmt bezeichnet haben; behauptet er nun, dasselbe jetzt erst wieder aufgefunden zu haben, so wird es ihm theils nicht schwer werden, auf Verlangen, die Art der Entdeckung beweisen zu können, theils kann das Gesetz hier gestatten, daß der Restitutionskläger durch einen Eid erhärte, daß er jetzt erst das Beweismittel wieder entdeckt habe. Beruft sich der Impetrant darauf, daß sein Gegner das Beweismittel absichtlich bisher zurück gehalten oder früher durch produzirte falsche Beweismittel gesiegt habe, so ist kein Grund da, auch in diesen Fällen mit dem Eide sich zu begnügen, der Impetrant muß vielmehr die Behauptung gegen den Gegner strenge erweisen, und kann sich des Eides nur bedienen, in so ferne er als ein zugeschobener sich rechtfertigen ließe. Gestattet das Gesetz auch noch andere nova als Restitutionsgründe, z. B. in Fällen, wo den streitenden Theil kein Vorwurf der Schuld trifft, z. B. weil das Rechtsgeschäft nicht von ihm eingegangen ist (der belangte Erbe findet, erst nachdem er schon verurtheilt ist, die Quittung über die Zahlung durch den Erblasser) oder bei Minderjährigen, so würde der Impetrant sich zum Beweise erbieten müssen, daß er früher von dem Daseyn des Beweismittels nichts gewußt, daß er es jetzt erst entdeckt, und daß er es auf die von ihm

anzugebende spezielle Weise aufgefunden habe. [36]) Kann der Kläger dies beweisen, so hat er hiezu Befugniß, kann er es nicht, so erbietet er sich zum Eide, der aber nicht sogleich, sondern erst dann geschworen werden soll, wenn über die Relevanz des vorgebrachten novi erkannt werden kann. [37])

In Ansehung der Zeit kann die Frage doppelt gestellt werden, 1) soll das Recht wegen nova unter den obigen Bedingungen Restitution zu suchen überhaupt an eine gewisse Zeit gebunden werden, so daß nach deren Ablauf der Impetrant gar nicht mehr gehört werden soll? 2) In welcher Zeit von der Entdeckung des novi an gerechnet, soll Restitution bei Strafe des Verlusts nachgesucht werden? Wenn auch in Bezug auf die erste Frage die Entdeckung der Wahrheit an keine Fristen gebunden werden soll, wenn derjenige, welcher ohne seine Schuld Beweismittel verlor, zu jeder Zeit gehört zu werden verdient, wenn er das Verlorne auffindet, so forderte dennoch die Rücksicht, daß unsere Gesetzgebung, welche die Verjährung erkennt, überhaupt die Nothwendigkeit ausspricht, das Vorbringen der Klagen an gewisse Zeiten zu binden, dies vorzüglich in Ansehung der Restitutionen, weil die Rechtskraft der Urtheile jede Restitution ohnehin nur als Ausnahme zu betrachten lehrt, weil durch die bloße Aussicht einer Parthei, daß noch Restitution möglich ist, eine Rechtsunsicherheit, und

36) Die Forderung, dies letzte zu beschwören, z. B. daß der Kläger das Dokument in diesem oder jenem Hause gefunden habe, wirkt gewiß wohlthätig und hält Manchen von einer frivolen Restitutionsklage ab, so wie dies auch dem Eide eine bestimmte Richtung giebt und die Einwendungen gegen den Calumnieneid beseitigt.

37) S. auch preuß. Gerichtso. Tit. XVI. §. 21.

erst nach Ablaufe der Zeit, innerhalb welcher Restitution zu suchen war, eine wahre Rechtsgewißheit entsteht, und weil bei verspäteten Restitutionen ohnehin in den meisten Fällen eine völlige Wiederherstellung des vorigen Standes schwer oder gar nicht möglich ist. Wenn wir darnach eine gesetzliche Vorschrift rechtfertigen, welche Restitution nur innerhalb einer bestimmten Zeit gestattet, so scheint zwar die preußische Zeit [38]) von 10 Jahren zu lange dauernd zu seyn, [39]) allein erwägt man, daß die Gerichtsordnung in dem Falle, wenn der Impetrant beweisen kann, daß er durch dolus des Gegners oder eines dritten [40]) an der früheren Auffindung der Urkunden gehindert worden ist, mit der Restitution gehört werden darf, so verschwindet die scheinbare Härte; und es muß nur der Beweis, daß die Beweismittel des früheren Prozesses falsch waren, ebenfalls zu jeder Zeit gestattet seyn. Was aber die Zeit betrifft, innerhalb welcher von der Entdeckung des novi an gerechnet Restitution nachzusuchen ist, so ist offenbar das gemeinrechtliche quadriennium zu lange, die französische Frist [41]) von drei Monaten

---

38) Gerichtsordn. Tit. XVI. §. 19.

39) Das gemeine Recht kennt nach der richtigen Meinung (s. Riedesel Vorträge S. 94 und Gensler im Archive IV. Bd. S. 136) keinen solchen Zeitraum, da sich das quadriennium nur darauf bezieht, daß innerhalb dieser Zeit, gerechnet von der Entdeckung des novi die Restitution gesucht werde.

40) Es scheint unrichtig die Restitution wegen des dolus eines dritten zu geben; gegen ihn mag der Verletzte die Entschädigungsklage wegen verlorenen Prozesses anstellen, aber der unschuldige Gegner kann darunter nicht leiden.

41) Code de proc. art. 483.

aber und die bremische [42]) zu kurz, [43]) wenn man erwägt, daß der Impetrant, wenn er auch das novum auffindet, nicht sogleich die Restitution nachsuchen kann, vielmehr und vorzüglich wenn er gewissenhaft ist, Erkundigungen einziehen, Berathungen pflegen und sich gehörig vorbereiten muß, was insbesondere dann zu berücksichtigen ist, wenn der Erbe, welcher ein novum findet, gegen einen von seinem Erblasser verlornen Prozeß Restitution nachsuchen will. Zweckmäßig scheint daher die Frist von einem Jahre [44]) für die Nachsuchung des Rechtsmittels gesetzt zu werden. In dem Bundestagsbeschlusse über Restitution gegen Austrägalerkenntnisse ist gleichfalls ein Jahr zur Restitution bestimmt. [45])

In Ansehung einiger andern bei der Restitution zur Sprache kommenden Punkte ist es 1) nothwendig, daß die Restitution nicht an das höhere Gericht, sondern an das erste Instanzgericht gebracht werde, [46]) weil dies schon wegen des Instanzenzuges und dann nothwendig ist, wenn das Hauptverfahren mit dem Vorverfahren verbunden werden soll, weil dadurch das erste Gericht in den Stand gesetzt wird, sogleich

---

42) Gerichtsordnung Art. 535.

43) Die preußische Gerichtso. l. c. §. 21 fordert auch binnen acht Wochen von der Entdeckung des novi an die Anmeldung der Restitution, allein wenn auch spätre rest. angebracht wird und sich die Relevanz des novi ergiebt, so wird doch in der Hauptsache erkannt, der Impetrant wird aber mit Geldstrafe belegt.

44) S. z. B. auch Gönner Entwurf Buch IV. cap. III. §. 6.

45) Mohl die öffentliche Rechtspflege des deutschen Bundes S. 207.

46) Dies fordert auch der Code de proç. art. 490.

auf das novum das Haupturtheil auszusprechen, und weil die Entscheidung mit voller Unpartheilichkeit dem ersten Gerichte anvertraut werden kann, indem das vorige Urtheil ja auf eine ganz andere Aktenlage ergieng. 2) Ein Suspensiveffekt sollte dem Restitutionsgesuche in der Regel nicht beigelegt werden, wie auch das Kammergericht dies so anerkannt hat; [47]) Ausnahmen mögen eintreten, wenn der Impetrant nachweisen kann, daß ein unersetzlicher Nachtheil aus dem Mangel der Suspensivkraft erfolgen würde. [48]) Darauf, daß die Restitution nur vor der wirklichen Vollstreckung gesucht wird [49]) kann es nicht ankommen, und auf jeden Fall müßte der Impetrant Caution leisten, wie darauf auch in solchen Fällen das Kammergericht erkannte. [50]) 3) Zweckmäßig scheint auch die Einführung der Vorschrift, daß gegen ein Urtheil letzter Instanz nur einmal eine Restitutionsklage angebracht werden darf. [51]) 4) In Ansehung des Verfahrens hat sich in die Praxis mancher Gerichtshöfe die Sitte eingeschlichen, daß der Restitutionssucher zuerst die Aufhebung des vorigen Urtheils zu bewirken sucht, ohne daß bereits auf den Grund der nova das

---

47) Riedesel Vorträge S. 102.

48) Bremische Gerichtso. §. 534. Der baier. Jud. Cod. cap. 16 §. 1. N.° 7 gestattet Suspensiveffekt wenn das novum soweit bescheinigt und deduzirt ist, daß der Richter solches nicht ohne Grund zu seyn leicht erachten kann. Eine Verordnung vom 24. September 1766 benimmt dem Rechtsmittel überhaupt den Suspensiveffekt.

49) Darauf sieht die badische Obergerichtsordn. §. 167 f. dagegen mit Recht v. Drais Gesch. der bad. Gerichtso. S. 115.

50) Senkenberg de restitut in int. c. IV. §. 34.

51) Drais Geschichte S. 116.

neue Urtheil impetrirt und die Relevanz der nova in der Hauptsache deduzirt wird; es ergeht nach dieser Sitte, wie die Praxis sagt, vorerst das judicium rescindens, wodurch über die Zulässigkeit der Restitution überhaupt erkannt wird. Dann erst fängt der Prozeß in der Hauptsache an, und es kömmt zu dem judicio rescissorio; dies Verfahren aber nicht zu rechtfertigen, weil es unnöthiger Weise statt eines Prozesses zwei herbei führt, unnöthige Kosten veranlaßt, und weil selbst das judicium rescindens ohne Prüfung der Hauptsache nicht gut möglich ist; daher gebieten Landesgesetzbücher [52]) und rathen Praktiker [53]) die Verbindung beider judicia.

IV.

Nichtigkeitsbeschwerde.

Als ein ausserordentliches von der ersten Zeit seiner Bekanntschaft in Deutschland höchst bestrittenes Rechtsmittel kömmt noch die Nichtigkeitsbeschwerde vor. Im römischen Prozesse entwickelten sich unter dem Gesichtspunkte, daß es einer Appellation nicht bedürfe [1]) aus dem Verhältnisse des judex und praetors und aus der Einrichtung, nach welcher der Sie-

---

52) Cod. Jud. bav. cap. 16 §. 1 N.° 9.

53) Pratobevera in den Materialien VI. Bd. S. 190.

1) Daher der Titel der Pandekten (XLIX. 8.) quae sententiae sine appellatione und im Codex (VII. 64) quando provocare non est necesse.

ger mit dem Ausspruche des Judex sich doch erst wegen der Vollstreckung an den Prätor wenden mußte, einige Fälle, in welchen die Ansicht sich ausbildete, daß das Urtheil nichtig sey, und daher weder actio noch exceptio judicati darauf gegründet werden könne. [2] Von einer an gewisse Behörden zu richtenden und bestimmte Zeit dauernden Nichtigkeitsklage kömmt auch unter den Kaisern nichts vor; es gab freilich nichtige Urtheile, die ihrer Natur nach nie eine Wirkung haben konnten, [3] aber es führt kein Gesetz darauf, daß auch wegen behaupteter Nichtigkeiten nach geschehener Vollstreckung ein Rechtsmittel Statt fand, wenn nicht etwa durch Restitution geholfen werden konnte, oder ein Fall der retractatio eintrat. Bei den geistlichen Gerichten des Mittelalters hätte zwar diese römische mit röm. Gerichtsverfassung zusammenhängende Ansicht als unpassend, nie einen Eingang finden sollen, allein die Praktiker beriefen sich auf die römischen Stellen, und griffen, wenn auch nicht appellirt wurde, das Urtheil an; [4] man behielt sich selbst, wenn man appellirte, das Recht die Nullitäten nachträglich zu verfolgen bevor, und Glossatoren [5] und Praktiker sammelten die Nichtigkeitsfälle, [6] während die Praxis, um der Sache eine Form zu geben, ein eigentliches re-

2) S. die Fälle in Almendingen Metaphysik S. 279. Ahorner Bemerkungen über die Nichtigkeitsbeschwerde S. 12.

3) Z. B. Fall in l. 2. 3. D. h. t.

4) Duranti speculum lib. II. 3 cap. de sententia und die Ansichten der älteren Canonisten überh. in Vantius tract. de nullitatibus processuum. Colon. 1575.

5) Ihre Ansichten kommen vorzüglich in den Glossen ad leg. 4 Cod. de sentent. vor.

6) S. bes. auch Maranta de ordine judiciorum p. 1111 dist. 16.

medium nullitatis gestattete [7]) und unter den nullitatibus insanabilibus (bei den a jure naturali eingeführten Formen und Sätzen) und den nullitatibus sanabilibus (bei den formis juris positivi) unterschied. [8]) Diese Ansichten gingen nun in die Praxis der Reichsgerichte über, auch die canonischen Unterscheidungen finden sich darin, die ersten Reichsgesetze [9]) nennen nur die Nichtigkeit, und nur die Vorschrift der Kammergerichtsordnung von 1555. [10]) Wenn man ihren Sinn gehörig hätte verstehen wollen, hätte man dem Unwesen vorbeugen können, welches dadurch getrieben wurde, daß man durch beständige Berufung auf Nichtigkeit die Urtheile an das Kammergericht zu bringen suchte, wozu die Praxis schon nach der Lehre der Canonisten die dreißigjährige Verjährungszeit gestattete. [11]) Sehr merkwürdig sind zur Erläuterung der damaligen Praxis die Aussprüche der alten Landesgerichtsordnungen aus dem XVI. Jahrhundert, insbesondere der baierischen von 1520 [12]) und der badischen von 1588. [13]) Die erste handelt von der Nichtigkeit bei der Appellation, und erklärt, daß man wegen ungerechter Urtheile appelliren müsse, wegen nichtiger Urtheile aber dies nicht nöthig habe, sondern daß die Parthei bei dem untern oder dem oberen Rich-

---

7) S. Goldschmidt Abh. aus d. bürgerl. Proz. S. 113.

8) S. auch clem. saepe de Verb. sign.

9) Z. B. Kammergerichtso. v. 1521.

10) Thl. III. Tit. 34 §. 2.

11) P. de Ferrariis de praxis aur. XXI. N.° 5.

12) Baier. Gerichtso. v. 1520 Tit. IX. Art. 8. 9.

13) Landrecht der Markgrafschaft Baden Baden v. 1588 Tit. XL. (abgedruckt in der Sammlung der Landr. Landeso. u. Statuten der Markgr. Baden Carlsruhe 1805) I. Thl. S. 106.

ter nur die Nichtigkeit anzuzeigen brauche; das zweite handelt davon bei der Vollstreckung der Urtheile, und spricht von der exceptio nullitatis, durch welche, wenn sie in continenti erwiesen würde, die Vollstrekkung aufgehalten werden soll; in Ansehung der Nichtigkeitsgründe zählt die baierische acht und die badische zehn auf; die meisten sind aus römischen Gesetzen genommen; insbesondere rechnen beide den Fall hieher, wenn ein Endurtheil einen ausgedrückten öffentlichen Irrthum wider ausgedruckte kaiserlich Recht oder wider göttlich oder natürlich Recht enthält; die badische Ordnung zählt noch den Fall hieher, wenn das Urtheil auf falsche Zeugen oder Urkunden gebaut oder von einem bestochenen Richter gefällt war. — Alle Versuche der Reichsgesetze festere Bestimmungen zu geben, wären ungenügend, und die Praxis war so von Vorurtheilen erfüllt, daß selbst die nach langen Berathungen [14]) zu Stande gekommene Vorschrift des jüngsten Reichsabschieds [15]) nicht gehörig gewürdigt und in ihrem wahren beschränkenden Sinne aufgefaßt wurde. Durch den Gebrauch der Worte: insanabilem defectum hatten die Redaktoren des Reichsgesetzes der Praxis die Veranlassung zur Annahme gegeben, daß die Reichsgesetzgebung den alten Unterschied zwischen nullitas sanabilis und insanabilis habe bestätigen wollen, und es war begreiflich, daß alles Streben der Praktiker darauf ging, auszumitteln, was eine unheilbare Nichtigkeit sey, statt zu erwägen, ob denn die Reichsgesetzgebung nicht vielmehr den Unterschied ganz habe verbannen wollen. So erklärt es sich auch,

---

14) S. in Gönner Handbuch III. Bd. Abh. 64 §. 4—7.
15) J. R. A. v. 1654 §. 121.

daß in den Landesgesetzbüchern die größte Verschiedenheit vorkömmt. Im sächsischen Prozeß [16]) nennen die Gesetze nur beispielsweise die Nichtigkeiten, und rechnen dahin auch die Fälle falscher Zeugnisse und Dokumente ein Verfahren wider die Prozeßordnung, oder Entscheidung wider klare Landesgesetze oder unzweifelhafte Vorschriften rezipirter Rechte.

In dem hanöverischen Prozesse [17]) werden auch Erkenntnisse contra manifestissima jura oder ante legitimam causae cognitionem für unheilbar nichtig angesehen. Von den älteren Prozeßordnungen hatte am kürzesten die baierische [18]) sich ausgesprochen; sie erkennt die unheilbare Sentenz nur ex defectu citationis oder jurisdictionis an; daraus folgt, daß auf keine sogenannte nullitas contra jus in thesi in Baiern Rücksicht genommen werden könne, und die baierische Praxis hat sehr umsichtig die gesetzlichen Worte ausgelegt. Die preußische Gerichtsordnung nimmt als Nullitätsgründe an 1) wenn [19]) ex falsa causa, 2) oder gegen ein klares im Landrechte oder in den bestätigten Provinzialgesetzbüchern enthaltenes Gesetz erkannt worden. 3) Wenn ein mit Jurisdiktion nicht versehener Richter urtheilte. 4) Wenn ein ohne Vormund oder Curator vor Gericht zu handeln nicht befugte Parthei auftrat. 5) Wenn keine oder nichtige Vollmacht da war. 6) Wenn gegen jeman-

---

16) Sächs. Erl. Proz. O. Tit. XXXVIII. §. 1. Altenburg. Proz. O. p. I. cap. 34 §. 1 Zusatz VI. N.° 4. Kori Theor. des sächs. Proz. S. 318.

17) Oesterlei hanov. Prozeß II. Thl. S. 395. Hagemann die Ordnung des k. Oberappellationsgerichts S. 88 89.

18) Cod. Jud. cap. 16 §. 2.

19) Gerichtsordn. Tit. XVI.

den, dem die erlassenen Citationen nicht insinuirt wurden, in der Hauptsache in contumaciam erkannt worden. In einem ausgedehntern Umfange läßt die hessische Praxis [20]) Richtigkeitsklagen zu, und ein eigenes badisches Gesetz [21]) begünstigt diese Klagen so sehr, daß Richtigkeit auch dann eintritt, wenn in der Form des Verfahrens oder im Inhalte des Urtheils etwas geschehen oder unterblieben ist, das durch ausdrückliche Gesetzesvorschrift oder durch Diktate der gesunden Vernunft zur gerechten Entscheidung nothwendig erscheint. Auch die neuen Gesetzgebungen (von der französischen ist abgesondert bei dem Cassationshofe zu handeln) zeichnen sich bei dieser Lehre nicht immer durch Bestimmtheit und Zweckmäßigkeit aus. Die weimarische Ober A. G. O. [22]) nimmt Richtigkeitsbeschwerde an, wenn 1) durch das Urtheil absolut wesentliche Bestandtheile des Prozesses verletzt worden, oder 2) gegen den klaren Buchstaben speziel- ler Landesgesetze, oder 3) gegen frühere öffentlich bekannt gemachte, nicht etwa seit dem durch landesherrliche Verordnungen unanwendbar gewordene praejudicia des Oberappellationsgerichts selbst gesprochen worden; die Behauptung aber, daß gegen das jus commune gesprochen worden sey, soll keine Nullitätsbeschwerde begründen; die zerbster Ober A. G. O. [23]) nimmt Richtigkeit an, wenn gegen Inhalt eines Lan-

---

20) Kopp Handb. der hessen-cassel. R. VI. Thl. S. 266. Wagner Grundzüge der Gerichtsverfassung S. 187.

21) Nullitätenedikt v. 8. März 1804 Regierungsbl. v. 1804 N.° 16 und darüber v. Drais Gesch. der badischen Gerichtshöfe S. 128.

22) §. 24.

23) §. 21.

desgesetzes gesprochen, wenn auf falsche Urkunden oder Zeugenaussagen geurtheilt worden, wenn in dem Verfahren absolut wesentliche Bestandtheile des Prozesses verletzt wurden. Die Oberapp. G. O. für die vier freien Städte [24]) erkennt die Beschwerde nur als zulässig, wenn sie auf wesentlichen Mangel in Hinsicht der Gerichtspersonen oder Personen der Partheien oder des gerichtlichen Verfahrens sich gründet. Die mecklenburgische [25]) Ober A. G. O. hat die Nichtigkeitsbeschwerde gänzlich aufgehoben. Die bremische Gerichtsordnung beschränkt die Nichtigkeitsbeschwerde [26]) auf die Fälle, wenn ein wesentlicher Mangel in Hinsicht der Gerichtspersonen, der Partheien oder des gerichtlichen Verfahrens sich findet. Die nassauische Prozeßordnung [27]) scheint die Nichtigkeitsbeschwerde wegen der Verletzung des juris in thesi aufzuheben, da sie ausspricht: daß es keinen Unterschied mache, ob das Urtheil nach einer fälschlich als Rechtssatz angenommenen Voraussetzung gefällt, oder ob dabei ein Rechtssatz falsch angewendet wurde, da wegen beider Rechtsverletzungen lediglich die Appellation Statt finde. Die anhaltische Prozeßerläuterung [28]) gebietet, daß, wenn zwei übereinstimmende Erkenntnisse vorhanden wären, kein Rechtsmittel dagegen gestattet werden soll, mit alleinigem Ausschlusse der Nullitätsquerel, wenn aus falschen Gezeugnissen gesprochen wäre. Das Gesetzbuch für den Canton

---

24) §. 16.
25) §. 39 u. v. Nettelbladt Rechtssprüche S. 130.
26) §. 537.
27) §. 100.
28) Vom August 1822 zum Titel XV. §. 1.

Tessin [29]) nimmt die Nullitätsquerel an, 1) wenn über Gegenstände, um die nicht gebeten wurde, erkannt war, 2) oder mehr, als die Partheien verlangten, oder 3) wenn das nämliche Urtheil widersprechende Entscheidungen enthält. Das bernische Gesetzbuch [30]) nennt ein Urtheil nichtig, wenn der unterliegenden Parthei der Termin zur Fällung desselben nicht bekannt gemacht worden, und sie sich dabei nicht eingefunden, oder wenn das Gericht die Streitfrage nicht nach den Schlüssen der Partheien beurtheilt hat.

Vergleicht man diese verschiedenen Bestimmungen, so überzeugt man sich leicht, daß die Landesgesetzgebungen sich von einer nicht zu rechtfertigenden Ansicht der Schriftsteller haben irreführen lassen, nach welcher man glaubte, daß ungeachtet der Vorschrift des jüngsten Reichsabschieds alle Stellen des römischen Rechts, in welchen von Nichtigkeit der Urtheile gesprochen würde, noch anwendbar seyen, daß insbesondere auch dann, wenn das Urtheil eine nullitas contra jus in thesi enthalte, eine dreißig Jahre lange dauernde Nichtigkeitsbeschwerde gegönnt sey [31]); man ging davon aus, daß schon seit der Praxis der geistlichen Gerichte der Unterschied in nullitates sanabiles et insanabiles bekannt gewesen, von da in die Reichsgerichte übergegangen, daß der J. R. A. durch die Berufung auf die Disposition der gemeinen Rechte die römischen Stellen in ihrer Anwendung bestätigt, und an einen praktischen Unterschied nur neue praktische Folgen geknüpft

---

29) Codice di procedura civile libr. IV. tit. II. art. 414—17.

30) Gesetzbuch über das gerichtl. Verfahren Art. 327.

31) Mit Anwendung der l. 32 D. de re judic. l. 19 D. de appell. l. 1 §. 2 D. l. 2. Cod. quae sent. sine appell.

habe [32]), oder daß, wie andere [33]) meinten, der jüngste R. A. nichts verordnet habe, was nicht schon zuvor längst im römischen Rechtssysteme gegründet gewesen. Man vergaß bei diesen Deduktionen, daß Alles nur auf die Beantwortung der Frage ankomme: ob nach den Worten und nach dem Geiste der Reichsgesetze auch eine angeblich wegen Verletzung des juris in thesi, also im Inhalte des Erkenntnisses vorhandene Nullität eine unheilbare in dem Sinne sey, daß Nullitätsklage Statt finden dürfe. Ohne noch die praktischen Folgen einer solchen Ansicht zu erwägen, sey es erlaubt, der Entstehung der Vorschrift des J. R. A. zu folgen. Wenn auch im Mittelalter bereits der Unterschied von nullitas sanabilis und insanabilis behauptet wurde, so ergiebt sich doch aus Vergleichung der Praktiker unter sich, daß sie weder über die Auslegung noch über die Folgen der Unterscheidung unter sich einig waren; eben so wenig findet man bei den Praktikern des XVI. Jahrhunderts eine Uebereinstimmung, und daß der Unterschied in die Reichsgesetze nicht übergegangen ist, beweiset die schon oben erwähnte Kammergerichtso. v. 1555 [34]). Daß nach der älteren Sprache: öffentlich so viel als offenbar, und möchte so viel als könnte, bedeute, bedarf wohl keines Beweises; daß aber nach der Kammer. G. O. die entscheidende Rücksicht immer die seyn sollte, ob die an=

32) So urtheilt Goldschmidt Abhandl. S. 119.

33) S. z. B. Klüpfel über einzelne Theile des bürgerl. Rechts S. 184.

34) Thl. III. Tit. 34 §. 2 verbis: es wäre denn eine Sach, wo sich aus den actis der ersten Instanz eine öffentliche Nullität befünde, welche in anderer Instanz nicht ratifizirt werden möcht.

gebliche Nullität in höherer Instanz ratifizirt und geheilt werden kann, wurde weniger beachtet; die Redaktoren der Kammerg. O. giengen weise davon aus: es giebt Nullitäten, welche auch durch Ergreifung von Rechtsmitteln und daher durch die Einwirkung der höheren Instanz nicht gehoben werden können, weil die Nichtigkeit in solchen Punkten liegt, welche die wesentlichen Bedingungen eines rechtsbeständigen Verfahrens sind, z. B. daß die rechten Partheien stritten, daß die Anwälte bevollmächtigt waren; fehlt es an einer solchen Bedingung, so ist freilich das Urtheil nichtig, weil es auf eine nichtige Grundlage sich stützt, auch kann Appellation und ein neues Urtheil höherer Instanz nichts helfen, d. h. durch einen bloßen Akt der richterlichen Reflexion in oberer Instanz läßt sich die Nichtigkeit nicht heilen, weil in erster Instanz, d. h. im Verfahren selbst und in den Bedingungen desselben ein Mangel ist, und der obere Richter zuerst das erste Urtheil als ein nichtiges aufheben und ein neues Verfahren anordnen muß. In diesem Sinne hätte eine Nichtigkeit wegen der Verletzung des juris in theti, also im Inhalte des Urtheils nicht die Nullitätsquerel begründen können, weil die Nullität nicht in Actis der ersten Instanz, d. h. im Verfahren lag, weil durch die Appellation und die hierauf eintretende richterliche Reflexion die Rechtsverletzung leicht gehoben werden konnte, ohne daß es ein neues Verfahren bedurfte. — Diese Ansicht schwebte auch den Redaktoren des jüngsten Reichsabschieds vor, bei welchem die Berathungen vorzüglich deswegen verwickelt waren, weil man durch Aufstellung von Unterscheidungen helfen zu können glaubte und sich herumstritt, was substantiale sey. Bemerkt man aber, daß kathegorisch der J. R. A. in §. 121 vorerst die Unterscheidungen von sententia in

justa et nulla aufhebt, das fatale von zehn Tagen vorschreibt, d. h. erklärt, daß auch die sogenannten nullitates innerhalb dieser Zeit angebracht werden müßten, macht er in §. 122 nur die Ausnahme, daß es bei den Nullitäten, die insanabilem defectum ex persona partium, oder judicis, oder ex substantialibus processus nach sich ziehen, bei der Disposition der gemeinen Rechte bleibe, d. h. daß innerhalb dreißig Jahren die Nullitätsquerel zulässig sey, so überzeugt man sich leicht, daß nicht im Ganzen das gemeine Recht mit allen Stellen, die von Nichtigkeit handeln, bestätigt ist, sondern nur in Ansehung derjenigen Nullitäten, die in eine der drei Klassen gehörten; eben so wenig stellt der J. R. A. den Unterschied von nullitas sanabilis et insanabilis im bisherigen Sinne auf; die Berathungen zeigen vielmehr, daß man sich endlich überzeugte, daß mit den Unterscheidungen nichts bewirkt werden könne, daher auch der Unterschied von sent. nulla et injusta aufgehoben wurde; die Worte: insanabilem defectum sind aber ganz im Sinne der Kammergerichtsordnung von 1555 zu nehmen, in so ferne manche Nullitäten wirklich einen unheilbaren Mangel, d. h. auf die Möglichkeit durch Appellation und neues Urtheil abzuhelfen bezogen — enthalten, sobald der Mangel im Verfahren und seinen Grundbestandtheilen liegt. Es ist eine nicht zu rechtfertigende Verdrehung, wenn man in den Worten: ex substantialibus processus, etwas anderes als wesentliche Bestandtheile des Verfahrens verstehen, und sogar nullitas contra jus in thesi im J. R. A. bestätigt sehen will; während weder die Worte darauf passen, noch die Ansicht der früheren Kammerg. O. noch der Geist und die Absicht des Gesetzgebers einer solchen Auslegung zur Seite steht.

7

Bayerische Staatsbibliothek MÜNCHEN

Frägt man nun, ob durch eine solche beschränkende Erklärung der Reichsgesetze nicht offenbare Rechtsverletzungen begünstigt und den schwer gekränkten Partheien nothwendige Rechtsmittel abgeschnitten werden, so hängt die Frage mit der zusammen: ob überhaupt eine neue Gesetzgebung wegen der nullitas contra jus in thesi, daher wegen Nichtigkeiten im Inhalte des Erkenntnisses eine Nichtigkeitsbeschwerde gestatten, oder lieber aussprechen soll, daß auch die Beschwerden wegen solcher Verletzungen auf dem Wege der Appellation angebracht werden müssen. Indem wir das letzte vertheidigen, bedarf es nur der Vorbemerkung, daß ohnehin in einigen Fällen, welche man hieher rechnet, die Nullitätsquerel nicht praktisch seyn kann, z. B. wenn das Urtheil keine bestimmte Absolution oder Condemnation enthält, oder überhaupt dunkel und unverständlich ist [35]), oder wenn das Urtheil mit einem schon rechtskräftigen klaren Bescheide im Widerspruche steht [36]), oder wenn das Urtheil auf später als falsch nachzuweisende Beweise gebaut ist [37]). Im letzten Falle tritt ohnehin die Restitution ein, im zweiten vernichtet die Einrede der Rechtskraft des ersten Urtheils die Vollstreckung des zweiten, und im ersten Falle kann es nie zu einer Vollstreckung kommen. Grundsatz aber muß seyn: daß wegen des Materiellen in der Entscheidung keine Nichtigkeitsklage gestattet werden darf; denn 1) sobald diese zugelassen wird, steht keine Rechtskraft eines Urtheils dreißig Jahre lang sicher

---

35) L. 3 Cod. de sent. quae sine certa quant. L. 2. 3. D. quae sent. sine appell.

36) L. 1 Cod. quando provoc. non est necess. L. 6 D. de exc. rei judic.

37) L. 11 D. de exc. et praescr. l. 33 D. de re jud.

und unangefochten; betrachtet man den Zustand des gemeinen Rechts, erwägt man, daß dies Recht in einer dem Volke und den streitenden Theilen nicht zugänglichen Sprache geschrieben, in einem Haufen bunt durcheinander liegender Fragmente besteht, über deren Zusammenhang und Auslegung beständiger Streit ist, betrachtet man die Berge von Landesgesetzen, berücksichtigt man die ungeheuern Fortschritte, welche seit zwanzig Jahren das Studium des Civilrechts durch die Anwendung einer richtigen Methode, durch historische Entwickelung der Rechtsquellen, durch Auffindung neuer Quellen gemacht hat, wirft man einen Blick auf die drei Elemente, aus welchen dies gemeine Recht besteht, und auf die Streitigkeiten über das Verhältniß der Quellen unter sich, so möchte es nicht schwer seyn, die Hälfte aller Urtheile, die vor zwanzig Jahren gefällt worden sind, vorzüglich in Gegenständen, die erst durch neue Bearbeitungen Licht gewonnen haben, umzustoßen, und ihre materielle Richtigkeit nach dem Zustande unserer jetzigen Rechtsbildung zu zeigen. Glaube man auch nicht, daß ein solcher Zustand nur in Ländern eintreten könne, welche noch gemeines Recht kennen. Es hat die Erfahrung erwiesen, daß zwar in andern Ländern, welche von einer neuen selbstständigen Gesetzgebung beherrscht werden, der chaotische Zustand weniger fühlbar ist, aber nirgends fehlt es an zahllosen Controversen, vergebens sucht man für alle möglichen Fälle in einem Gesetzbuche die erschöpfende Bestimmung; auch in Ländern, wo baierisches, preußisches oder französisches Recht gilt, finden die widersprechendsten Ansichten der Gerichtshöfe über die Auslegung einzelner Artikel Statt, und das nothwendige Gesetz der Fortbildung des Rechts übt seine Herrschaft auch da aus, wo neue Gesetzgebungen

gelten, so daß manche Ansichten, z. B. in deutschen Territorien, die nach dem Code Napoléon leben, jetzt als völlig richtig und ausgemacht gelten, deren Gegentheil noch vor zehn Jahren allgemein gelehrt und von den Gerichtshöfen ausgesprochen wurde. Was soll bei dieser nothwendigen Fortbildung aus der Rechtskraft der Urtheile werden, wenn dreißig Jahre lang die Parthei gestützt auf die neue jetzt als richtig anerkannte Auslegung eines Gesetzes mit der Behauptung auftreten kann, daß das nach der damals herrschenden Theorie gefällte Urtheil unheilbar nichtig sey [38]. 2) Auch die Versuche neuer Gesetzgebungen, diesen Nullitätsgrund zu beschränken, z. B. daß nur dann Nullitätsquerel Statt finde, wenn gegen den klaren Buchstaben klarer Landesgesetze geurtheilt worden, führen nicht besser zum Ziele, sobald man erwägt, daß in vielen deutschen Staaten die Landesgesetze gar nicht gesammelt sind, und nicht vollständig erkannt werden können [39], daß in diesen Gesetzgebungen die Mandate und Reskripte vom XVI. Jahrhundert noch neben den Verordnungen seit drei Jahrhunderten fortbestehen und zu Bergen sich aufgethürmt haben, wenn man erwägt, daß es Länder giebt, in welchen Landrechte gelten, welche gar nicht publizirt worden sind [40], daß

---

38) Gönner Motive zum Entwurfe S. 866. Sibeth Kritik des gemeinen und Meklenburg. Prozesses 2. Abthl. S. 61.

39) In Bezug auf die sächsischen Herzogthümer hat Kori in einer kleinen Schrift: Ueber die Nothwendigkeit sich in den einheimischen Rechten auszubilden. Jena 1822 nachgewiesen, welche höchst verschiedenartige Rechtsquellen gelten, wie noch bei vielen Streit über ihre Gültigkeit ist, und wie schwierig sie nur zu erhalten sind.

40) Z. B. in Hessen in der Provinz Starkenburg gilt ein Landrecht (das der oberen Grafschaft Katzenellenbogen aus

überall die älteren deutschen Landesgesetze gar nicht auf Vollständigkeit Anspruch machen, vielmehr entweder aus dem gemeinen Rechte oder aus dem deutschen Privatrechte zu interprätiren sind, so daß alle Controversen dieser Rechtstheile auch in die Landesgesetzgebungen gewöhnlich übergegangen sind. Der Beisatz aber: gegen den klaren Buchstaben ist um nichts aufklärender, da die wahre logische Auslegung von der grammatischen nicht getrennt werden kann, und der Ausdruck selbst so schwankend ist, daß es den Anwälten nicht schwer werden kann, ihn am günstigsten für sich auszulegen. Die Gestattung der Nullitätsquerel aber so nach der weimarischen Ober A. O. wenn das Urtheil gegen frühere öffentlich bekannt gemachte Präjudizien des Ober A. G. anstößt, ist deswegen unpassend, weil die Bildung solcher Präjudizien oft von zufälligen Umständen abhangen [41]), die nicht auf ein Gesetz einwirken sollen, weil dadurch den Obergerichten eine wahre gesetzgebende Gewalt beigelegt würde, und alle Fortbildung des Rechts, alle Entwicklung eines besseren Geistes der Rechtspflege gewaltsam gehemmt würde [42]). 3) Man überzeugt sich auch leicht,

---

dem XVI. Jahrhundert) welches nie als Gesetz publizirt worden ist, auch nicht gedruckt war, bis 1795 ein Buchdrucker aus Privatspekulation dasselbe abdrucken ließ. — Und doch werden darnach die Prozesse entschieden.

41) Dem Verf. ist der Fall bekannt, daß bei einem Oberappellationsgerichte, an dem nämlichen Tage in einem Senate in einem Prozesse die Frage: ob extra casum evictionis die litis denuntiation nothwendig sey, bejahend und im zweiten Senate in einem anderen Prozesse verneinend entschieden wurde.

42) S. auch Bornemann Beitr. zur Verbesserung des Appellat. Verfahrens S. 71.

daß alle Verletzungen der Gesetze im Urtheilen nur die Appellation begründen können, theils weil die beschwerte Parthei sogleich nach der Bekanntmachung des Urtheils den Fehler erkennen und ihn nachweisen kann, daher als verzichtend gilt, wenn sie dies unterläßt, theils weil der obere Richter durch seine bloße Reflexion und durch ein neues Urtheil nachhelfen kann, theils weil bei genauer Betrachtung der Fälle bei jeder Appellation eine Beschwerde vorliegt, daß der vorige Richter das Gesetz verletzt habe, und selbst, z. B. in dem Falle, wenn die Parthei behauptet, daß das Gericht ihren Beweis nicht genug gewürdigt habe, die Beschwerde darin liegt, daß das Gericht gegen die gesetzlichen Beweisregeln verstoßen habe; darin aber, ob das Urtheil nur mittelbar oder unmittelbar eine Gesetzwidrigkeit enthalte, ob die Verletzung offenbar sey oder nicht, kann kein Unterschied liegen. 4) Gestattet man diese Nullitätsklage, so ist auch, wie Reibnitz [43]) richtig bemerkt, nur von einer Unterlassung die Rede, an welcher die Parthei, welche das Gesetz nicht für sich anführte, ebensoviel Schuld hat als der Richter, der in dem Augenblicke nicht an das Gesetz gedacht hat, und die Schuld der Parthei ist um so größer, als sie durch die gestatteten ordentlichen Rechtsmittel immer noch Gelegenheit gehabt hätte, auf die Rechtsgründe sich zu berufen, die sie ebensowohl früher hätte kennen lernen können, als sie jetzt sich darauf beruft. 5) Erwägt man noch, daß bei jedem Urtheile es nur auf Reflexion des Richters ankömmt, daß Meinungen sehr schwer bekämpft werden können, berücksichtigt man die Folgen, welche eintre-

43) Versuch eines Ideals der Gerichtso. I. Thl. S. 262.

ten, wenn man Nichtigkeitsklagen zuläßt, so kömmt die Gesetzgebung zu manchen neuen Schwierigkeiten; wie soll es z. B. gehalten werden, wenn, wie dies in Frankreich oft geschieht, das Gericht, ungeachtet des neuen Gesetzes, worauf die Parthei sich beruft, oder selbst der Cassation des vorigen Urtheils ungeachtet, bei der vorigen Meinung bleibt? an welches Gericht soll die Nullitätsklage gelangen? nach menschlichen Verhältnissen ist nicht zu glauben, daß das vorige Gericht so leicht durch die Parthei sich belehren und aussprechen wird, daß es früher geirrt habe. 6) Will man die Ausnahme machen [44]), daß Urtheile dann nichtig werden müßten, wenn gegen das öffentliche Interesse geurtheilt worden ist, wenn z. B. die Partheien sich über einen politischen Gegenstand in Streit einließen, z. B. Staatsbeamte, wegen Amtshandlungen, oder in Ehesachen quoad vinculum, so kann es richtiger doch auf diese Ausnahmen nicht ankommen, da in dem Falle z. B. des Staatsbeamten die Nichtigkeit nicht im Inhalte des Urtheils, sondern darin liegt, daß der Beamte nicht zur Sache legitimirt seyn konnte, und in anderen Fällen, wo z. B. politische Gesichtspunkte vorkommen, das Urtheil in Bezug auf die Parthei, die das Urtheil rechtskräftig werden ließ, gültig seyn kann, während der Staatsgewalt ihre Rechte dadurch nicht verletzt werden können, oder in anderen Fällen selbst aus dem Gesichtspunkte der Incompetenz des Gerichts Nullität anzunehmen seyn würde.

Nach dem Ausgeführten soll die Nichtigkeitsbeschwerde nur Statt finden wegen Nullitäten im Ver-

---

44) S. Pratobevera in den Materialien VI. Thl. S. 200.

fahren und wegen Mangels jener gesetzlichen Vorbedingungen, ohne welche über Materie des Streits gültig gar nicht entschieden werden kann. Die Vorschrift des jüngsten Reichsabschieds giebt ein gutes Vorbild. In die Classe der Nichtigkeiten, die ex persona partium entstehen, gehören die Fälle, in welchen eine Parthei, welche gar nicht zu streiten befugt ist, auftritt, wenn ein Mangel in der Legitimation zur Sache war, wenn der Anwalt keine Vollmacht hatte. Nichtigkeiten ex persona judicis werden vorhanden seyn, so oft eine überhaupt nicht zum Richteramt berufene Person entscheidet, oder eine auch durch Prorogation nicht heilbare Incompetenz da ist, oder es an der nöthigen gesetzlichen Richterzahl fehlt, oder ungeachtet der gegründeten Perhorrescenz ein verdächtiger Richter, z. B. ein eximirtes Spruchcollegium entschied. Nur in Ansehung der Nichtigkeiten, die ex substantialibus processus entstehen, ist der reichsgesetzliche Ausdruck nicht bestimmt genug; viel zweckmäßiger möchte es seyn, wenn hier die Gesetzgebung aussprechen würde, daß die Beschwerde wegen des Mangels solcher Vorschriften eintrete, welche das Gesetz unter Strafe der Nichtigkeit geboten hat; z. B. daß in jedem Falle der Beklagte vorgeladen werde, daß der Produkt gegen Beweisartikel seine Fragstücke einreiche u. a. (vorausgesetzt, daß die Gesetzgebung diese Förmlichkeit zur absolut wesentlichen machen will). Hier würde eine spezielle Angabe der Fälle nothwendig werden, damit nicht wegen der Unbestimmtheit und Allgemeinheit des Ausdrucks die Chicane ein Mittel finde, die Sicherheit des Rechts und das Ansehen der Rechtskraft zu bedrohen.

Der dreißigjährige Zeitraum für die Anbringung der Beschwerde scheint aber zu lange zu seyn, da in

der Regel die Partheien Nichtigkeiten, wie sie das Rechtsmittel allein begründen dürfen, wohl schon früher erfahren, und Fälle, in welchen die Partheien später erst den Fehler erfahren, zu selten sind, als daß die Gesetzgebung darauf bauen dürfte.

---

§. V.

Französischer Cassationshof.

Eine eigenthümliche Ansicht von der Heilung der Nichtigkeiten hat sich im französischen Prozesse durch die Einrichtung des Cassationshofes ausgebildet, der nicht als eine neue Revolutionsschöpfung betrachtet werden kann, sondern bereits mit Ansichten und Einrichtungen der früheren Jurisprudenz zusammenhängt. Nach dem Zeugnisse der französischen Geschichte bildeten sich in Frankreich immer die Gegensätze der königlichen und der richterlichen Gewalt viel schärfer und schreiender aus, als dies je in Deutschland wegen der Reichsverfassung und der Reichsgerichte der Fall seyn konnte. Von dem Momente an als gegen die gutsherrlichen Gerichte die Parlamente als ständige Gerichtshöfe sich entwickelt hatten [1]), suchte dieser aus

1) Das Parlament (parliamentum) kömmt zwar schon 1238 in Frankreich und fast zur nämlichen Zeit in England und Holland vor. Nach Velly trefflichem Werke: histoire de France tom. III. p. 119 kommt parlament schon 1146 vor, allein nicht als Gerichtshof. — Schon v. 1254 kommen regelmäßige Protokolle vor. Hallamm gesch. Darst. des Zustandes von Europa I. Thl. S. 238. Seit Philipp

dem angesehensten Adel und den ausgezeichneten Rechtsgelehrten bestehende Gerichtshof seine Macht zu erweitern, und stand nicht selten als eine ehrwürdige Schutzwehr der Freiheit gegen die Uebergewalt der Regenten da, während die Könige der steigenden Macht der Parlamente entgegenzuwirken, und seine Gewalt durch ein ihm ergebenes aus dem alten Oberhofe hervorgegangenes Conseil zu behaupten suchte; daraus entwickelte sich ein unter dem Namen Conseil du roi als eine Art von Staatsrath bekanntes Collegium, das in den wichtigsten Angelegenheiten mit dem Könige berieth, und wovon eine Section, als Conseil privé oder Conseil des parties auch in Rechtsangelegenheiten eine doppelte Gewalt ausübte, theils über Competenzconflikte der Parlamente zu entscheiden, theils Urtheile der Parlamente zu cassiren, ohne jedoch in der Sache selbst zu sprechen [2]). Zwar hatten die Parlamente es nicht fehlen lassen, oft kräftig gegen dies nicht selten gemißbrauchte letzte Recht zu protestiren [3]), allein vergebens, da schon in der frühern französischen Jurisprudenz [4]) der Satz galt: daß

---

dem Schönen war das Parlament ein ordentlicher, seit 1302 mit bestimmter Verfassung versehener ständiger Gerichtshof s. überh. Boullainvilliers histoire de l'ancien gouvernement tom. II. p. 29. Mémoire de l'académie des inscriptions tom. XXX. p. 600. Mignet de la féadalité et des institutions de St. Louis liv. II. chap. V. Bernardi de l'origine et des progrès de la législation françoise p. 234. 330. Meyer esprit origine vol. III. p. 148.

2) Meyer esprit origine vol. III. p. 218.

3) S. vorzüglich Henrion de Pansey de l'autorité judiciaire cap. XVI. p. 285.

4) S. Merlin repertoire universel unter dem Worte: nullité §. VII.

wegen unrichtiger Urtheile keine Richtigkeitsbeschwerde zulässig sey, und nur requête civile galt, oder als veranlaßt durch römische Suplikation der Beschwerte an den König selbst sich wenden mußte, und die Ordonance de Blois [5]) sowohl, als die von 1667 [6]) den Grundsatz bestätigten. Ein Reglement von 1738 [7]) hatte auch umständlich das Verfahren bei Cassationsgesuchen für das Conseil des parties vorgeschrieben. — Auf diese Art stand die Revolutionsgesetzgebung das zur Vernichtung der Urtheile bestimmte Institut vor; es mußte nach der Umwälzung der Dinge die Idee, welche dem Staatsrathe anklebte, aufhören, und so wurde 1790 [8]) von der Nationalversammlung bei dem gesetzgebenden Körper ein Cassationshof errichtet, um über Cassationsgesuche zu sprechen, Competenzconflikte zu reguliren, und über Syndikatsklagen zu erkennen; und zwar sollte der Cassationshof jedes Urtheil, in welchem sich eine ausdrückliche Verletzung einer klaren gesetzlichen Vorschrift vorfände, so wie jedes Verfahren vernichten, in welchem vorgeschriebene Formen verletzt sind; unter keinem Vorwande sollte jedoch das Cassationsgericht in der Sache und über die Streitigkeit selbst entscheiden können [9]). Spätere Gesetze bil-

---

5) Ordonance v. 1570 art. 92. 208.
6) Ordon. v. 1667. tit. 35. art. 32. 42.
7) Regl. v. 28. Juni 1738 in Bornier conférence des ordonances de Louis XIV. tom. II. p. 825 etc.
8) Gesetz v. 1. Dez. 1790.
9) S. über den Cassationsh. überhaupt von Werken aus der früheren Zeit die von Lavaux und Guichard am besten aber Sirey de la cour de cassation in seinem Code de procédure civ. annoté p. LIX. bis XCVIII. und eine gute Zusammenstellung in E. v. B. (Breuning) über die Cassationsinstanz und das Rechtsmittel der Cassation in der Gesetzg. der Rheinlande. Coblenz 1820.

deten das Verfahren noch mehr aus [10]), und bildeten den Cassationshof als ein eigenes von dem gesetzgebenden Körper getrenntes Gericht, während auf der anderen Seite die Cassationsgesuche dadurch beschränkt wurden, daß das Gesetz vom 20. April 1810, art. 7, die Urtheilssprüche nur dann als nichtig erklärte, wenn sie eine ausdrückliche Zuwiderhandlung gegen das Gesetz enthielten, und der Code art. 480, bei Verlezzung der unter Strafe der Richtigkeit vorgeschriebenen Formen des Verfahrens requête civile eintreten ließ. Dieser Cassationshof besteht nur aus drei Sectionen, wovon die eine in Civil-, die andere in Criminalsachen cassirt und die dritte (Section des requêtes) über die Admission Cassation überhaupt entscheidet. Jeder Cassationskläger, der eine Summe von 150 Franken voraus erlegen muß, kann binnen drei Monaten eine mit allen moyens de cassation versehene Bittschrift einreichen, welche zuerst von der Section des requêtes geprüft wird, zur Entscheidung der Frage: ob überhaupt (wie einst bei den Reichsgerichten über die Appellationsprozesse erkannt wurde) der Kläger zur Ausführung der Cassation zugelassen werden dürfe; wird die Cassation hier verworfen, so ist das Urtheil unumstößlich, wird sie zulässig erkannt, so erfolgt erst die Vorladung des Gegners, jeder Theil reicht seine schriftlichen Deduktionen ein, und an dem bestimmten Tage der öffentlichen Sitzung erstattet ein Richter öffentlich Vortrag über die Sache, worauf die Partheien plädiren können und die Staatsbehörde concludirt. Wird das Urtheil cassirt, so spricht der Hof nie in der Hauptsache selbst, sondern

---

10) S. Ges. v. 4. Germinal an II. v. 2. Brumaire Jahr IV. 7. Nivose J. V. v. 27. Ventose VIII. v. 16. September 1807 und Dekret v. 20. April 1810 Art. 7.

verweiset die Sache zur neuen Entscheidung zurück. Auch kennt das Gesetz eine Cassation im Interesse des Gesetzes, nach welcher die Staatsbehörde, auch im Falle, daß die Partheien nicht Cassation ergriffen, das Urtheil, von welchem er glaubt, daß es gegen das klare Gesetz verstoße, dem Cassationshofe anzeigt, wo dann verhandelt und das Urtheil im Interesse des Gesetzes cassirt wird, ohne daß jedoch die Partheien sich auf die Cassation beziehen könnten, weil das vorige Urtheil unter ihnen als ein Vergleich gilt [11]). Eine bedeutende Veränderung in der Organisation des Cassationshofes ging aber in den Ländern vor, welche, früher unter Frankreich stehend, nach dem letzten Kriege an deutsche Herrscher gefallen sind. Die Unmöglichkeit bei der geringen Ausdehnung mancher Territorien einen eigenen französischen Cassationshof zu errichten, der Umstand, daß in manchen Ländern nur ein Appellationshof vorhanden war, so daß, wenn auch das vorige Urtheil cassirt wurde, man kein anderes Gericht hatte, an welches zur neuen Entscheidung die Sache zu verweisen war, nöthigte zu einer anderen Organisation, welche am Nieder- und Mittelrhein 1814 [12]) erfolgte. In einigen Gegenden, z. B. in Rheinpreußen wurde später ein Appellationshof und in Berlin ein Cassations- und Revisionshof errichtet, mit der Befugniß, das Urtheil zu cassiren und zugleich in der Hauptsache selbst zu sprechen; in anderen Gegenden, z. B. in Rheinbaiern wurde der Cassationshof mit dem Appellationshofe in der Art verbunden,

11) S. Art. 25 des Ges. v. 1. Dez. 1790.

12) Vero. v. 28. April 1814 und 20. Juli 1814 s. Brenning oben angef. Schrift: über die Cassationsinstanz S. 112.

daß an eine andere (nicht aus den Richtern, welche bei dem ersten Urtheile mitstimmten, bestehende) Abtheilung des Appellhofes, wozu auch die Präsidenten der Tribunale der ersten Instanz requirirt wurden, das Cassationsgesuch gelangte, worauf, ohne daß es erst eines Vorbescheides bedarf, das Urtheil cassirt und in der Hauptsache gesprochen werden kann, so daß kein eigentlicher Cassations- sondern nur ein Revisionshof vorkömmt.

Mit Unrecht würde man den französischen Cassationshof als eine dritte Instanz betrachten, die er schon deswegen nicht seyn kann, weil er nie in der Hauptsache selbst spricht, sondern nur die Urtheile cassirt, obwohl in seinen Entscheidungsgründen das neue zu fällende Urtheil implicite liegt, und dem neuen Gerichte der wahre Gesichtspunkt schon angegeben wird. Nur auf diesen ursprünglichen Cassationshof muß Rücksicht genommen werden, wenn die Frage entstehen soll: ob der Cassationshof auch in die deutsche Jurisprudenz übergetragen werden soll.

Es ist nicht zu verkennen, daß der Cassationshof wie in Paris besteht, zu den achtungswürdigsten Gerichtshöfen gehört, und kein Jurist wird ohne Achtung die Sammlung der Arrêts studiren; die geistreichen in einer höchst präzisen und doch deutlichen Sprache vorgetragenen Rechtsansichten, die Feinheit der Entscheidungen, das tiefe Eindringen in den Geist der Gesetzgebung begründen eine herrliche Schule der Jurisprudenz für Richter und Anwälte, und eine lebendige Fortbildung des Rechts, und man würde ungerecht seyn, wenn man läugnen wollte, daß die Ausbildung mancher Lehren des französischen Rechts nicht dem Code sondern dem Cassationshofe zu verdanken ist. Nur durch diesen Gerichtshof ist die Gleichför-

migkeit der Gesetzgebung und die Vermeidung der verschiedenartigen Auslegungen des nämlichen Gesetzes möglich, und es ist eine große für die Praxis fruchtbare Idee, daß in Bordeaux wie in Metz und Strasburg die nämliche feste Rechtsansicht begründet ist, wodurch allein die aus dem Schwanken des Rechts entstehenden Nachtheile vermieden werden können. Auch ist unverkennbar nur durch den Cassationshof es möglich geworden, dem Einflusse zu begegnen, welchen auch bei jeder neuen allgemeinen Gesetzgebung die Lokalgewohnheiten und früheren Provinzialansichten auf die Anwendung des neuen Gesetzes ausüben, so daß bald in jeder Provinz zwar dem Namen nach das nämliche, aber durch die Auslegung und Praxis der Gerichtshöfe überall eigenthümliches Gesetz gilt. Auch wird unbezweifelt der Cassationshof wohlthätig auf die Gesetzgebung zurückwirken, die letztere in den Stand setzen, mit den Gebrechen der Gesetze bekannt zu werden, und Mittel zur Verbesserung aufzufinden [13]. Mit Unrecht endlich glaubt man durch die Verwandlung des Cassationshofes in einen Revisionshof eine Verbesserung zu bewirken; denn durch diese Veränderung werden zwei von einander völlig verschiedene Geschäfte in Verbindung gebracht [14]) indem bei dem Cassationshofe es nur auf das Interesse des Gesetzes und die Aufrechthaltung desselben ankömmt, welches vom Cassationshofe mehr negativ als positiv in so fern gewahrt wird, als der Hof nur ausspricht, daß das Urtheil nicht den Gesetzen gemäß sey. Wird aber in der Sache selbst gesprochen, so tritt nur mehr

---

13) Der neueste Lobredner des Cassationshofes ist Meyer esprit origine etc. vol. V. p. 416–26.

14) Breuning a. a. O. S. 43.

das Interesse der verletzten Parthei hervor, und der Cassationshof wird eine gewöhnliche höhere Instanz, welche nicht einmal alle Vortheile einer solchen hat, indem sie die Verhandlungen der Partheien beschränkt, und nur durch einen Sprung gleichsam im Anhange zum Urtheile über die Hauptsache kömmt, da nach der ganzen Einrichtung der Punkt: ob das Gesetz verletzt ist, und die Deduktion der moyens der Cassation der Hauptpunkt der Verhandlung bleibt und daher die Cassationsrichter über die Hauptsache oft nicht einmal hinreichend instruirt sind.

Ungeachtet der bisher angeführten Gründe für ein Gericht, welches nur über die Verletzungen des Gesetzes zu wachen hat, dürften doch nachstehende Erwägungsgründe der Errichtung eines solchen Gerichtes entgegenstehen.

1. Unfehlbar kann das Cassationsmittel nur in einem Lande am Platze seyn, welches von einer allgemeinen gleichförmigen Gesetzgebung beherrscht ist, wo daher ein Vereinigungspunkt der Gesetzgebung möglich und vortheilhaft wirkt; wo den Cassationsrichtern immer das nämliche Gesetz vorliegt, in dessen Geist ihnen einzudringen nicht schwer wird, und wo der Gesetzgebung daran liegt, der Verschiedenheit der Gesetze entgegen zu arbeiten, welche wegen des Einflusses der ältern Rechtsansichten, und des Statutarrechts unvermerkt in jeder Provinz entsteht, weil die Provinzialgerichtshöfe sich nicht von der Herrschaft des älteren Rechts ganz losmachen können. Wenn dagegen in einem Staate, wie in den meisten Gegenden Deutschlands noch der Fall ist, in jeder Provinz ein eigenes Statutarrecht, oder doch theilweise neben dem neuen Gesetzbuche fortgilt, ist ein Cassationshof ohne Bedeutung; denn die Nothwendigkeit eines solchen Ver-

einigungspunkt des Rechts fällt weg, weil kein gleichförmiges Recht da war, und die Cassationsrichter selbst sind nicht im Stande ihr Amt völlig zu erfüllen, weil ihnen die häufig nur aus Kenntniß der Lokalität verständlichen Eigenthümlichkeiten des Statutarrechts nicht bekannt sind, und sie daher Gefahr laufen, etwas von ihrem mehr räsonirenden Standpunkte aus als Gesetzesverletzung zu betrachten, was nach der richtigen historischen Kenntniß dem mit der Entwickelung des Lokalrechts vertrauten Richter völlig im Geiste des Statutarrechts entschieden erscheint [15]).

2) Auch mit der Natur der Civilgesetzgebung überhaupt hängt der Cassationshof zusammen. Die Idee einer eigenen Behörde, welche über die richtige Auslegung der Gesetze wachen soll, kann nur da realisirt werden, wo das Gesetz als ein Produkt der gesetzgebenden Gewalt von oben herab nach gewissen legislativen Rücksichten als allgemein für alle Theile des Reichs verpflichtend und ohne lokale Modifikationen entstanden ist, wo daher in der gesetzgebenden Gewalt auch die alleinige Interprätationsquelle der Gesetze liegt, wo die oberste Gewalt auch das Interesse hat, daß das Gesetz in seiner Reinheit nach den Absichten und den Zwecken des Gesetzgebers ausgelegt und fortgebildet werde, wo zugleich die z. B. im französischen Recht so laut ausgesprochene Ansicht des Gesetzgebers vorherrscht, daß ein durch philosophische Räsonnements entstandenes ohne Rücksicht auf Lokalitäten ausgebildetes gleichförmiges Recht, das alle

15) Man bemerkt auch bei dem Studium der französischen arrêts, daß vorzüglich diejenigen sich auszeichnen, welche auf Artikel des geltenden Code sich beziehen, weniger dagegen diejenigen, in welchen es auf Anwendung älterer Statutarrechte ankam.

Völker beglückende sey. Schon in der Entstehung nach den oft durch Politik gemodelten Absichten des Gesetzgebers gegeben, muß das neue Gesetz auch fortdauernd dem Herrscher dienen und es begreift sich wohl, wie eine eigene Behörde prüft, in wie ferne die Auslegung der Gesetze bei Entscheidungen der Gerichtshöfe im Geiste des Gesetzgebers gegeben sey. Wo dagegen das Recht als ein Produkt der Verhältnisse und aus dem Volke und seinen Bedürfnissen sich ausbildend immer nur als ein lokal passendes da steht, wie dies bei dem älteren deutschen Statutarrechte der Fall war, hat die gesetzgebende Gewalt des Regenten nicht dies Interesse, und überläßt vielmehr die Fortbildung des Rechts nach der allmähligen Entwickelung der Verhältnisse den Gerichtshöfen und den Partheien, welche in ihren Rechten sich beschwert glauben; es kömmt hier nur auf positive Heilung der einzelnen Rechtsverletzungen durch Berufungen an eine höhere in der Sache selbst entscheidende Instanz, und weniger auf ein nur negativ bei dem Cassationshofe sich aussprechendes Interesse des Gesetzgebers an.

3) Unfehlbar hängt auch der französische Cassationshof mit der Einrichtung zusammen, daß in so vielen Fällen die Gerichte in erster und letzter Instanz sprechen, so daß durch Berufung nicht nachgeholfen werden kann, und die Cassation der einzige Zügel für die Richtergewalt wird.

4) Auch die Größe und Ausdehnung eines Landes kömmt dabei in Erwägung, in so ferne der Cassationshof nothwendig mehrere Obergerichte verlangt, so daß der Cassationshof, wenn er das Urtheil eines Appellhofes cassirt, sogleich die Sache an einen anderen Hof verweisen kann, was ohnehin in einem kleinen Lande gar keine Anwendung finden kann.

5) Die dem Cassationshofe zum Grunde liegende Idee führt auch leicht zur Vervielfältigung der Nichtigkeitsgesuche, durch deren Begünstigung zuletzt die Rechtssicherheit leidet. Zwar muß man sich nicht unter dem innerhalb drei Monate anzubringenden Cassationsgesuche keine deutsche dreißig Jahre lange dauernde Nullitätsquerel denken, allein die Möglichkeit, ein Urtheil wegen Verletzung des Gesetzes anzugreifen, verwandelt zuletzt die Cassation in ein regelmäßiges Rechtsmittel, welches ebenso leicht ergriffen werden kann, als man wegen Nullitäten contra jus in thesi eine Beschwerde auffindet. Consequent die Idee der Cassation durchgeführt, hätte ein Cassationsgesuch gestattet werden müssen wegen jeder Verletzung einer gesetzlichen Prozedurform, wie dies auch in Frankreich 1790 ein Cassationsgrund war, und selbst jede Verletzung eines Vertrags, der ja auch unter den Partheien als ein Gesetzt gilt, hätte Cassation begründen müssen, wie dies vor 1807 in Frankreich auch behauptet wurde [16]. Die späteren gesetzlichen Einschränkungen der Cassationsgründe in Frankreich liefern ein merkwürdiges Geständniß, wie wenig man consequent die Idee des Cassationshofes durchführen wollte und konnte.

6) Ganz vorzüglich müssen die Folgen erwogen werden, welche entstehen, wenn der Cassationshof das Urtheil vernichtet und die Sache zum Spruche an einen neuen Hof verweiset. Es gilt als Grundsatz in Frankreich, daß der neue Appellhof nicht gebunden ist, der vom Cassationshofe ausgesprochenen Meinung zu folgen, weil ja sonst implicite der Cassationshof in

---

16) Merlin répertoire art. societé sect. III. §. III. art. 2 Breuning a. O. S. 27.

der Sache selbst gesprochen hätte. Wenn nun, wie dies oft geschieht, der zweite Appellhof gerade die nämliche Meinung ausspricht, welche zuvor der Cassationshof im vorigen Urtheile verworfen hat, was soll als Recht gelten? Hier kann die Parthei wieder Cassation ergreifen, und der nämliche Prozeß mit den nämlichen moyens kömmt wieder an den Cassationshof. Hier stehen auf einer Seite die Meinungen von zwei geachteten Appellhöfen und auf der anderen die Ansicht des Cassationshofes sich gegenüber; die Sache kömmt jetzt an die vereinigten Kammern des ganzen Cassationshofes [17]); wenn nun der Cassationshof wieder das Urtheil vernichtet, so soll nach einem Gesetze [18]) der Fall so angesehen werden, als wenn ein Gesetz darüber gegeben werden müßte, und es muß authentische Auslegung erfolgen. Wie unpassend diese Bestimmung ist, erkannten auch die Deputirten im J. 1814, und trugen auf Erlassung eines neuen Gesetzes an, welches aber nicht angenommen wurde, so daß noch mit allen Inconvenienzen das Gesetz von 1807 fortdauert [19]), und es bedarf keiner Ausführung, daß bei der Einführung eines Cassationshofes in Deutschland ähnliche Schwierigkeiten entstehen würden.

Am wenigsten aber soll von einem Cassationshofe in einem Lande gesprochen werden, in welchem man nur den Namen beibehalten und die oben erwähnte Einrichtung getroffen hat, daß eine andere Abtheilung des Appellationshofes über die Cassation entscheide. Wer, welcher die Menschen kennt, mag glauben, daß

---

17) Loi v. 27. ventôse l'an VIII. art. 78.
18) V. 16. Sept. 1807.
19) S. auch Touiller droit civil français tom. I. n.° 139.

die Mitglieder des nämlichen Gerichtshofes nur im Stande sind, unpartheiisch über die Gesetzesübertretungen ihrer Kollegen zu urtheilen; wer wird nicht glauben, daß jeder theils von einem edlen und erlaubten esprit de corps beseelt, die Ehre des Collegiums, dessen Mitglied er ist, hoch anschlagen und das Geständniß aussprechen mag, daß der Appellhof geirrt habe? Sind nicht diejenigen Appellationsgerichtsräthe, welche heute unter dem Namen: Cassationsrichter votiren, morgen selbst wieder in der Lage, als Appellationsräthe zu stimmen, und die gleiche Nachsicht von denjenigen Kollegen in Anspruch zu nehmen, über deren Urtheil sie heute richten sollen? Ist eine solche Einrichtung nicht selbst eine Täuschung der Partheien, welche gläubig an einen Cassationshof sich wenden, und doch nicht Hoffnung haben ein anderes Urtheil zu erhalten?

So möchten doch die Gründe nicht erheblich genug seyn, statt der deutschen Berufungsinstanzen einen Cassationshof einzuführen, dessen angebliche Nebenvortheile, z. B. wegen Aufsicht über die Gerichte, auch durch andere in Deutschland bekannte Einrichtungen, z. B. durch zweckmäßige Prozeßtabellen eben so leicht erreicht werden können.

§. VI.

Vollstreckung der Urtheile.

Wenn schon im Anfange des XVI. Jahrhunderts Ulrich Tengler [1]) uns die Erklärung bei dem Kapitel von der Vollstreckung giebt: »wan so etwa ainer vermainet der Krieg sey geendiget, so entsteenn erst ander widerwärtigkeiten« — so deutet dieser Ausspruch darauf hin, daß die Klagen über unseren langsamen Executionsgang nicht mit Recht die Praxis sondern die Gesetze betreffen, aus welchen der gemeine Prozeß entstand. Ueber den römischen Executionsgang liegt großes Dunkel, und wir wissen nur, daß das Gesuch um die Vollstreckung des Erkenntnisses an den Prätor gehörte, und durch den Executor selbst die Vollziehung ausgeführt wurde; eine förmliche Anrufung durch actio judicati schien immer nothwendig zu seyn [2]), und noch in der Kaiserzeit war es entschieden, daß der magistratus, welcher den Richter bestellte, auch die Vollstreckung des richterlichen Urtheils leitete [3]) und daß im Weigerungsfalle des Besiegten, hochheitlicher Zwang eintrat [4]). Die Hauptsache war für den Sieger, daß er ein Pfandrecht in das Vermögen des Schuldners erhielt, so daß die weitere Execution nur eine Realisierung des Pfandes war [5]). Auspfändungen in unserem heutigen Sinne schien ein ge-

---

1) In seinem Laienspiegel, Fol. 99.

2) S. auch Gajus III. 77. IV. 21 – 25. 102. 171. f. Literatur in Haubold institut. jur. rom. privat. p. 110.

3) L. 15. D. de re iudic.

4) L. 68. D. de rei. vind.

5) L. 15. D. de re iudic. u. bes. Küstner de pignore in caus. judicati Capto Lips. 1744.

wöhnliches Mittel zu seyn [6]; die Subhastation der Immobilien war das letzte Mittel [7], und erst, wenn durch Subhastation kein Käufer zu erhalten war, konnte der Sieger wieder um Immission nachsuchen [8]. In der Praxis der geistlichen Gerichte fehlte es an Normen für die Execution, und nur der Grundsatz galt gleichförmig, daß bei demjenigen Richter, welcher das Urtheil gefällt hatte, auch die Vollstreckung nachgesucht werden müßte, und daß er das ganze Verfahren leite [9]. Als Ordnung der Execution war schon in den Glossatoren die angenommen [10], daß zuerst die Mobilien, dann die Immobilien, hierauf die ausstehenden Forderungen des Schuldners, und erst in subsidium die Person desselben angegriffen werden dürfte. Im deutschen Prozesse erhielt gewöhnlich die Vollziehung eine sehr einfache Richtung durch die den Verträgen beigefügten bestärkenden Clauseln, z. B. mit und ohne Recht, oder durch den Einlagervertrag, wodurch jede Urtheilsvollstreckung die Richtung gegen die Person des Schuldners erhielt. Auch in anderen Fällen hing die Ansicht von der Vollstreckung mit der Schöffenverfassung zusammen, nicht die Urtheilsfinder kümmerten sich um die Vollziehung, sondern diese war Sache desjenigen, der dem Schöffengerichte vorstand, so sagt ein altes Gerichtsbuch, daß, wenn die Urtheile im öffentlichen Gerichte gesprochen waren, der Junker (er präsidirte dem Gerichte) noch drei Tage lange bewaffnet mit beständig

6) Nov. 52. und nov. 134. c. 4.

7) L. 2. Cod. de exec. rei iud.

8) L. 3. Cod. de exec. rei iud.

9) Maranta de ordine judicior. p. 665. Ferrariis praxis aur. p. 507.

10) S. viel in Maranta l. c. p. 670.

gesattelten Pferden blieb, um sogleich die Vollstreckung der Urtheile zu schützen [11].

Die unmittelbare Vornahme der Vollstreckungshandlungen kam unter richterlicher Autorität dem Frohnboten zu [12]; das Urtheil gab gewöhnlich einen Termin zur Erfüllung, nach dessen fruchtlosen Verlauf die Auspfändung durch den Frohnboten eintrat, die anfangs auf die beweglichen Sachen und in deren Ermanglung an das unbewegliche Gut sich hielt [13].

Der Verkauf des Gepfändeten geschah durch den Frohnboten. Bei unbeweglichen Gütern war die regelmäßige Vollstreckung die der Einweisung des Siegers in den Besitz durch den Richter, so daß erst nach einem gewissen Zeitraume, wenn der Schuldner das Gut nicht löste, es dem Sieger heimgeschlagen wurde [14]. Hatte der Sieger ein richterliches Pfand erhalten, oder schon zuvor durch den Schuldner das Pfandrecht bestellt bekommen, so gehörte zur Veräusserung nur der Ablauf einer nach dem Werth des Pfandes verschiedenen Zeit, die nochmalige Aufforderung an den Schuldner zur Auslösung und dann öffentlicher Verkauf auf dem Markt, häufig unter Leitung besonderer hiezu geschworner Personen (Pfändner) [15].

---

11) Ibd. von Arx Geschichte des Buchsgau S. 105.

12) Sachsenspiegel I. 53. 70. Hauschild Gerichtsverf. der Deutschen S. 156.

13) S. Schwabenspiegel cap. 94. 97. 133. Emerich Frankenberg Gewohnheiten in Schminke mon. p. 738. Kopp Nachr. v. den hessen-cassel. Gerichten I. Thl. S. 492.

14) Emerich Frankenb. Gewohnh. S. 740. Kopp l. c. S. 499.

15) S. bes. baier. Rechtbuch Ludwigs (v. 1340–46) Tit. XVII. Miltner der baierische Gantprozeß S. 35–46.

Der Versuch, ob es nicht möglich sey, den Gläubiger blos aus dem beweglichen Gut des Schuldners zu befriedigen, wurde oft durch gewisse vom Magistrate und den Partheien gewählte Personen gemacht [16]. Reichte das Vermögen des Schuldners nicht zu, so kam es regelmäßig zur Arretirung des Schuldners, der anfangs auf gewisse Zeit dem Büttel, und wenn noch nicht bezahlt werden konnte, zu Hand und Halfter dem Gläubiger übergeben wurde [17], welche Sitte [18] noch am Ende des XV. Jahrhunderts vorkömmt [19]. In den Partikulargerichtsordnungen aus dem Anfang des XVI. Jahrhunderts ist schon eine gewisse Ordnung vorgeschrieben, z. B. in der baierischen [20], in der hessischen [21] und dem freiburger Stadtrecht [22]. Es sollte zuerst das bewegliche Gut, hierauf das unbewegliche, und hierauf erst sollten die ausstehenden Forderungen angegriffen werden. Bei der Auspfändung waren schon gewisse für den Schuldner unentbehrliche Gegenstände, z. B. Ackergeräthe, Handwerkszeug, nothwendige Betten ausgenommen [23]. Der Verkauf des Gepfändeten geschah durch den Gerichtsknecht. Der Verkauf der liegenden

---

16) Wiener Stadtr. v. 1340 in Rauch script. rer. aust. t. III. p. 52.

17) Merkw. Bestimmungen im alten Miltenberger Rechtsbuch in Bodmann rheingau. Alterth. S. 644.

18) S. schon Sachsenspiegel III. 39.

19) S. Eichhorns Staats- und Rechtsgesch. III. Thl. S. 410.

20) Gerichtsordn. v. 1520 Tit. XIII.

21) Gerichtsordn. v. 1497 Tit. von der Vollstreckung.

22) V. 1520 Tit. XIII. fol. XXV.

23) Hessische Gerichtso. v. 1497 in Kopp hess. Gerichtsv. II. Thl. S. 72. Baierische Gerichtso. Tit. XIII. Art. 5.

Güter wurde drei Sonntage nach einander verkündet und am letzten Sonntage bis zum Läuten der Abendglocke das höchste Gebot angenommen [24]. Die weitere Ausbildung des Verfahrens blieb der Praxis überlassen, welche nur durch den Grundsatz geleitet wurde, daß der Sieger wegen jedes Executionsantrags sich an das Gericht, welches das Urtheil fällte, wenden, und einen Executionsbefehl an den Schuldner extrahiren müßte, über dessen Zulässigkeit verhandelt wurde. Vorzüglich gewöhnte man sich daran, die Executionsverhandlung noch als einen Theil des Hauptprozesses zu betrachten, und die Form des letzteren auch auf den Theil der Vollstreckung anzuwenden. Man ließ daher schriftliche Verhandlungen und Anwälde zu, theilte die Schriften zur Erklärung mit, fällte Urtheile und gestattete Rechtsmittel dagegen, so daß häufig das Executionsverfahren länger als der Hauptprozeß dauerte. Am schlimmsten aber ging es in dem gemeinen Prozesse, weil die Gesetze, auf welche dieser Prozeß sich stützte, gerade über die Vollstreckung am wenigsten enthielten, und es selbst schwierig war, die Formen des deutschen Gerichtsgebrauchs mit den wenigen römischen Vorschriften zu verbinden. In den einzelnen Territorien fehlte es nicht an manchen guten Vorschriften über die Execution, und nur aus diesen ist der Geist des deutschen Executionsverfahrens zu erkennen. Insbesondere bildete sich die Regel aus, daß das von dem Sieger angerufene Gericht dem Besiegten immer erst einen Termin zur freiwilligen Erfüllung seiner Pflicht gewähre, die an manchen Orten eine sächsische Frist, an anderen eine sechs wöchentliche, oder vierzehntägige ist, und leider

---

24) Freiburger Stat. v. 1520 fol. XXVII.

vom Gerichte (die Gesetze gestatteten zwar nur eine Verlängerung aus erheblichen Ursachen) aus unzeitiger Milde verlängert. Solche Fristen kennen namentlich die sächsischen [25]), mecklenburgischen [26]), hannoverischen Gesetzen [27]). Der Sieger hat in dem Executionsgesuche die Art der Execution und die Gegenstände, worauf er Vollstreckung sucht, anzugeben, und es ist ein Fehler, wenn man blos mit dem Anrufen des Siegers um Execution sich begnügt, ohne Angabe des Gegenstandes. Dem richterlichen Dekrete muß die Drohung der bestimmten eintretenden Executionsart beigefügt werden [28]); an einigen Orten wird vom Gerichte im Dekrete sogleich ein Termin angesetzt, in welchem der Schuldner seine Einwendungen anzugeben hat, an anderen wartet man nach dem Verlaufe des Termins das neue Gesuch des Siegers und die Anzeige des fruchtlos verlaufenen Termins ab, und erst auf neues Anrufen folgt ein neues gerichtliches Dekret [29]); in anderen Ländern hat der Executor, wenn der Schuldner nach dem Ablaufe der Verwarnungsfrist Parition nicht dociren kann, ohne weiteren Anruf des Schuldners und Befehl des Gerichts, mit der Execution einzurücken [30]).

---

25) In Sachsen ist die Frist nicht gleich; nach der A. Prozeßo. Tit. XXXIX. beträgt die Frist 14 Tage oder bei Geldzahlungen eine sächsische Frist. S. überh. Kori Theorie des sächs. Proz. S. 332.

26) Der Schuldner bekömmt eine Verwarnungsfrist, die in der Regel 3 Wochen beträgt. S. v. Nettelbladt Meklenburg. Civilproz. S. 193.

27) In einigen Gegenden hat die Frist 4 oder 8 Wochen. Oesterlei hannov. Prozeß. II. Thl. S. 413.

28) S. Kori sächs. Proz. S. 333.

29) Z. B. in Hannover, in Baiern, in Hessen.

30) Z. B. in Meklenburg s. Nettelbladt Civilproz.

Ueber die Ordnung der Execution ist keine Gleichförmigkeit; gewöhlich kommen bei dem Mangel von Mobilien die Immobilien und dann erst die ausstehenden Forderungen an die Reihe [31]), wogegen nach anderen Gesetzen [32]) die Forderungen vor den Immobilien angegriffen werden. Ueber den Fortgang der Execution findet sich wieder keine Gleichförmigkeit, indem nach einigen Gesetzen die Verhandlungsmaxime so strenge genommen wird, daß das Gericht immer nur auf neues Anrufen des Siegers etwas verfügt und der Gerichtsbote für jeden neuen Gerichtsakt auch einen neuen Befehl braucht, während nach anderen Gesetzen das Gericht nur über die Zulässigkeit des Executionsantrags erkennt und dann der aufgestellte Executor nach den allgemeinen Instruktionen und nach den Gesetzen verfährt, ohne für jeden Akt eine Anfrage bei Gericht zu bedürfen. Ueber die Form des Executionsprozesses fehlt es gewöhnlich an Bestimmungen; daher wird an manchen Orten schriftlich, an anderen dagegen mündlich nur ad protocollum verhandelt. Am meisten ist die Execution in die Immobilien durch Förmlichkeiten aufzuhalten, und die Gründe der Zögerung liegen vorzüglich in den langen Terminen von der Immission bis zur wirklichen Versteigerung, in der Gestattung eigener Termine zum Selbstverkauf, und in dem ungeeigneten Taxationsverfahren. Nicht unberücksichtigt darf dabei noch bleiben die Möglichkeit für den Schuldner durch eine Masse von Einreden

---

S. 194. Sehr weise bestimmt dies auch die preuß. Gerichtso. Tit. XXIV. §. 31. 32.

31) S. Cod. jud. bav. cap. 18. §. 3. sächs. Prozeßo. in Kori S. 339.

32) Z. B. in Hannover Oesterlei S. 417.

und durch Rechtsmittel die Execution aufzuhalten, so daß der Ausspruch eines großen Rechtsgelehrten [33]) nicht übertrieben ist, wenn derselbe erklärt: daß es nach dem Buchstaben des Gesetzes nicht schwer sey die Execution, wenn es auf den Verkauf von Grundstükken ankömmt, bei mäßigem Gebrauche der Advokatenkünste, vier Jahre lang herumzuziehen. Ein besonderes Interesse bieten für das Studium des deutschen Prozesses die in verschiedenen Staaten bestehenden Subhastations- und Distraktionsordnungen dar, wohin die Reußgreizische [34]), die Schwarzburg-Sonderhäusische [35]), die Lippe-Detmoldische [36]), die Nassauische [37]), die Fränkische [38]) und eine neue Hessencasselische [39]) gehören. — Von den neuen größeren Gesetzgebungen war die preussische, wie in andern Lehren so auch in Ansehung der Vollstreckung der Urtheile, vielfach ausgezeichnet [40]); zwar hatte das Gesetz, wie der deutsche Prozeß überhaupt, das Executionsverfahren zur Leitung dem Gericht zugewiesen und ließ gerichtliche Verhandlung

---

33) V. Gönner Comment. zur baier. Novelle v. 1819 S. 404.

34) Subhastationsordnung v. 7. Oct. 1768.

35) V. 10. Jul. 1787 in Hellbach Grundr. des schwarzburg. Privatr. S. 147.

36) V. 1771 in der Samml. der lipp. Landesvero. II. Thl. S. 412.

37) Subhastationsordn. v. 20. Febr. 1751 erneuert in der Sammlung der nassau. Vero. I. Thl. S. 95.

38) Executionsordnung v. 26. August 1805.

39) Vero. vom 5. Okt. 1821 in der Gesetzsammlung 1821 N.° XVI.

40) Gerichtsordn. Tit. XXIV. s. eine Vergleichung der preuß. mit der französ. Executionso. in Klein Annalen XXV. Bd. S. 232. XXVI. Bd. S. 98.

zu, allein überall ist eine solche Reichhaltigkeit von Vorschriften über die einzelnen vorkommenden Fälle, so daß nicht leicht die Willkühr eines Executors gefährlich werden kann; das Gesetz dringt insbesondere auf vollständige Executionsgesuche [41]) und auf Anweisung an den Executor für den Fall des fruchtlosen Verlaufs der gesetzten Frist, die Vollstreckung kann nur durch wenige bescheinigte Einreden gehindert werden [42]). Die Verhandlung, wenn Einwendungen gemacht werden, ist nur mündlich, und gerade hier kann die Untersuchungsmaxime am besten sich bewähren [43]). Der aufgestellte Executor [44]) ist gehörig eingeschränkt, er kann über die Anweisung nicht hinaus, und befindet sich in beständiger Controle des Gerichts [45]), allein er ist nicht so wie ein deutscher Gerichtsbote zu betrachten, der nur eine mechanische Handlung zu vollziehen und dann wieder so lange zu ruhen hat, bis er einen neuen Auftrag vom Gerichte erhält; der Executor erhält vielmehr schon anfangs eine zweckmäßige und vollständige Instruktion, so daß eine ganze Reihe von Händlungen ohne neuen Auftrag

---

41) Gerichtso. Tit. 24. §. 22.

42) Tit. 24. §. 35—38.

43) L. c. §. 39—41.

44) Ein neuerer gebilligter Gerichtsgebrauch giebt nicht, wie die Gerichtsordn. §. 32 vorschreibt, das Executionsmandat dem Executionssucher, der erst nach abgelaufenem Termine das Mandat dem Executor aushändigt, sondern giebt das Mandat unmittelbar dem Executor, s. v. Kamptz Jahrbücher Heft XXXII. S. 234—240. Gewiß ist der Gerichtsgebrauch höchst weise da sonst der oft weiter entfernte Executionssucher unnöthige Kosten anwenden muß, um das Mandat dem Executor einzuhändigen.

45) S. auch Zum = Bach vollst. Gegeneinanderstellung der Hauptmomente des preuß. und franz. Verf. S. 308 2c.

in seiner Befugniß liegt; die einzelnen Vorschriften des preußischen Prozesses sind besser unten Gegenstand der Prüfung. Neuere deutsche Gesetzgebungen haben mit Ausnahme der oben erwähnten, weniger die Vollstrekkung der Urtheile zum Gegenstande umfassender Vorschriften gemacht, nur die baierische Novelle [46]) hat das Verfahren durch genauere Bestimmung der Termine, durch Abschneidung der Einreden und Rechtsmittel zu vereinfachen gesucht. Die würtenbergische Gesetzgebung [47]) hat dadurch das Verfahren erleichtert, daß sie die Vollziehung von dem Oberamtsrichter der Ortsobrigkeit des unterliegenden Theils übertragen läßt. Vollständige neue Executionsordnungen sind die für den Canton St. Gallen [48]) und das anhaltische Gesetz [49]).

Durchaus eigenthümlich und wichtig für Deutschland, weil dies Verfahren auf manche fruchtbare neue Ideen aufmerksam gemacht, und in den an deutsche Herrscher gefallenen französischen Provinzen neue Gesetze veranlaßt hat, ist das französische Executionsverfahren, welches sich von dem Deutschen schon durch die Grundidee unterscheidet, nach welcher mit dem gefällten Urtheile die Thätigkeit des Gerichts endigt, indem die Justiz nur vorgelegte streitige Thatsachen unter das Gesetz zu subsumiren hat.

Durch das gefällte Urtheil hat der Sieger von dem Gerichte das Zeugniß erhalten, daß sein Anspruch

---

46) V. 22. Jul. 1819 §. 29—34 u. Gönners Coment. hiezu S. 401—37.
47) Organisationsedikt v. 31. Dez. 1818 §. 35. 187.
48) Vom 23. Juni 1820.
49) V. 10. Juli 1822 im Anhang der Erläuterungen zu einigen Titeln der Landeso. cap. XII. XIII.

gegen die andere Parthei rechtlich gegründet und daher hochheitlich vollzogen werden kann; die Vollstreckung selbst ist nun, als ein Inbegriff von Zwangshandlungen und Acten der administrativen Gewalt, kein Gegenstand der richterlichen Thätigkeit, sondern gehört der vollziehenden Gewalt im Staate an, und ihre Ausübung ist gewissen Beamten (Gerichtsvollziehern, huissiers) anvertraut, welche im Namen des Gesezzes und nach sehr bestimmten Instruktionen handeln. Während in Deutschland der Gerichtsbote immer nur einen einzelnen Akt nach dem gerichtlichen Dekrete vornimmt, bedarf der französische Huissier keines Auftrags und keiner Vorschrift des Gerichts, weil das Gesetz, indem es die ganze Reihe der Executionshandlungen angiebt, je nachdem ein oder das andere Executionsmittel gewählt wird, der Huissier schon im Allgemeinen instruirt hat, und selbst die vielen Termine und Formalitäten erklären sich aus der Absicht des Gesetzes, den Huissier zweckmäßig zu controliren, und seiner Willkühr vorzubeugen. Während daher der Huissier der eigentliche Vollziehungsbeamte ist, und der Sieger sich mit dem Urtheile nur an ihn zu wenden und zur Vollstreckung ihn aufzufordern braucht, während die Uebergabe des Urtheils für den Huissier hinreichende Vollmacht für alle Executionsakte mit Ausnahme der Beschlagnahme unbeweglicher Güter und der Verhaftung des Schuldners ist [50]). Während jeder Execution eine Zahlungsaufforderung an den Schuldner wenigstens einen Tag vor der Vollstreckung voraus geht [51]), und jeder einzelne Akt durch die vom Huissier errichteten Protokolle constatirt wird, kommen

50) Code de proc. art. 556.
51) Code art. 583. 626.

aber noch ausser dem Huissier andere Beamte vor, welche bei der Vollstreckung thätig sind. Dahin gehören theils die Gerichtsschreiber, theils die Notarien; die ersten dienen dazu, damit vor ihnen, wie sonst in Deutschland, in einem Protokolle, gewisse Erklärungen abgegeben werden, welche später an das Gericht gelangen, oder um in gewissen wichtigen Fällen durch ihre Akte der Huissier zu controliren, oder gewisse Akte zu beglaubigen und förmlich zu machen [52]. Die zweiten werden gebraucht, wenn es, z. B. bei dem Daseyn von Minderjährigen auf Verkäufe ankömmt, wenn Inventare und Theilungen zu machen sind [53]. Die französische Execution ist aber nicht blos eine Sache der Huissiers und der andern genannten Beamten, sondern wird auch häufig ein Gegenstand von gerichtlichen Entscheidungen, so daß jede Execution nur so lange als kein Rechtsstreit in derselben sich erhebt, ohne Dazwischenkunft des Gerichts verhandelt wird. Solcher Streitigkeiten können wieder verschiedene seyn, so wie die Gerichte verschieden sind, die dafür competent werden.

1) Alle Streitigkeiten, welche schleunige Abhülfe bedürfen, und durch provisorisch zu hebende Schwierigkeiten die Execution veranlaßt werden, gehören als referes in die vom Präsidenten des Gerichts, oder dem committirten Richter gehaltene Sitzung [54], in welcher jedoch nur provisorisch entschieden wird. Wäh-

---

52) Code art. 571. 671. 680. 726. 734. 738. T. 803. 915.

53) Code 935. 955. 970. 976. 993.

54) Code de proc. art. 806. Nach Carré II. p. 171 soll auch der Friedensrichter des Orts competent seyn.

rend die Entscheidung der Hauptsache an das Tribunal gehört, dem die Vollstreckung obliegt [55].

2) Alle Streitigkeiten, die in der Exekutionsinstanz entstehen, gehören, wenn das erste Urtheil vom Appellhofe bestätigt ist, vor das Tribunal, welches das erste Urtheil fällt; wurde das Urtheil reformirt, so gehört die Vollziehung an den Appellhof oder an das von ihm speziell zu ernennende Gericht [56].

3) An das Tribunal zur Entscheidung kann die Execution gelangen a) wenn zwischen dem Executionssucher und einem Dritten, z. B. demjenigen, dessen Forderungen mit Arrest belegt werden, Streit entsteht [57]. b) Wenn der Schuldner über die Fortdauer und Zulässigkeit eines Executionsmittels Einwendungen macht [58]. c) Wenn ein dritter Interessirter Einsprüche gegen die Vollziehung macht, z. B. sein Eigenthum behauptet [59]. d) Wenn Nullitätsklagen erhoben werden. [60].

Das Gesetz hat der Besorgniß, daß durch viele solche Zwischenstreitigkeiten der Prozeß zu sehr verzögert werden könnte, durch manche Vorschriften vorgebeugt, und zwar a) durch die Gestattung, daß summarisch nnd provisorisch über die augenblicklichen Schwierigkeiten entschieden werde [61]. b) Durch die Vorschrift, daß über Inzidentpunkte der Execution nur summarisch geurtheilt wird [62]. c) Daß nicht jede Opposition

---

55) Code art. 554.
56) Code art. 472.
57) Fälle in Code art. 570. 608. 718.
58) Code art. 567.
59) Z. B. Code art. 607.
60) Pigeau Cours. II. p. 102.
61) Code art. 806.
62) Code art. 718.

die Vollstreckung suspendiren kann, sondern die Einsprüche dritter beschränkt sind [63]. d) Daß die Nullitätsklagen an eine gewisse kurze Zeit gebunden werden [64].

In Ansehung der einzelnen Executionsmittel und zwar A) der Auspfändung (saisie exécution) fordert das Gesetz [65], daß der Huissier, wenn die Zahlungsaufforderung vorausgegangen ist, mit Zeugen bei dem Schuldner erscheine (ohne daß der Impetrant gegenwärtig seyn darf) und in einem Protokolle die auszupfändenden Güter bezeichne [66]; tritt Widersetzung ein, so muß durch den Friedensrichter Zwang angewendet werden [67]. Viele Gegenstände können gar nicht gepfändet werden [68]. Ueber das Gepfändete wird ein Aufseher bestellt [69] und im Protokolle wird schon der Tag des Verkaufs bestimmt [70]; versteigert wird nur so viel als zur Tilgung der Schuld und der Kosten nothwendig ist [71]; findet der Huissier schon die Execution eines andern Huissier für einen andern Gläubiger angefangen, so darf er nicht die Execution anfangen; er kann sich aber von dem

---

63) Code art. 608.
64) Code art. 733—5.
65) Code art. 583—625. Berriat St. Prix p. 466. Carré traité II. p. 211.
66) Code art. 588.
67) Art. 587.
68) Art. 592. Das Gesetz nimmt viele Gegenstände aus, z. B. Bücher, die zum Berufe des Schuldners gehören bis zur Summe v. 300 Frcs., Maschinen und Instrumente zum Unterrichte sind ausgenommen.
69) Art. 596. Der Schuldner kann selbst einen solchen Aufseher vorschlagen.
70) Code art. 595.
71) Code 622.

Gardien nach dem Protokolle die Mobilien vorzeigen lassen, und kann dann die in der ersten Execution nicht gepfändeten Mobilien pfänden, und denjenigen, der die erste Auspfändung bewirkte, auffordern, das Ganze in acht Tagen versteigern zu lassen [72]. Zwischen der Beschlagnahme und der Versteigerung müssen acht Tage verflossen seyn [73]. Die Bekanntmachung des Verkaufs geschieht durch fünf Anschläge; die Leitung des Verkaufs hat der Huissier [74] und zugeschlagen wird die Sache immer dem Meistbietenden; der Huissier ist für den Preis verantwortlich [75].

B) Die Beschlagnahme der ausstehenden Forderungen (saisie arrêt) [76] besteht in dem Akte, durch welchen ein Gläubiger das bewegliche ausstehende Vermögen seines Schuldners, das in den Händen eines Dritten sich befindet, dadurch in Beschlag nimmt, daß er sich der Verabfolgung des Vermögens oder der Auszahlung der Gelder an den Schuldner so lange widersetzt, bis das Gericht sie ihm zuerkannt oder den Verkauf zu seinem Besten verfügt haben wird. Begründet wird dies durch ein Gesuch an das Gericht um Arrestanlegung [77]. Der Huissier zeigt durch ein Protokoll dem Dritten den Arrest an, und binnen acht Tagen muß dem Schuldner der angelegte Arrest angezeigt, und zugleich die Klage auf Bestätigung des Arrests dem Dritten (tiers-saisi) insinuirt werden [78],

---

72) Art. 611.
73) Art. 613.
74) Art. 624.
75) Art. 625. Carré II. p. 227.
76) Code 557—582.
77) Berriat St. Prix p. 457.
78) Code 563. 4.

weil sonst der Dritte gültig an den Schuldner zahlen kann. Der Impetrant bringt ebenso seine Klage auf Bestätigung, wie der Besiegte die Klage auf Aufhebung vor das Tribunal des Wohnorts des Impetraten. Der Dritte muß vor dem Gerichtsschreiber oder Friedensrichter eidlich seine Erklärung über den Entstehungsgrund der Schuld, ihre Größe und Abschlagszahlungen machen [79]. Wird die Erklärung nicht bestritten, so hat kein weiteres Verfahren statt, sonst entscheidet das Tribunal, und erst dann, wenn der Arrest justifizirt ist, wird zum Verkauf geschritten. [80].

C) Die Execution auf Früchte auf dem Halm (saisie brandon) besteht darin, daß einem Dritten die Aufsicht über die noch nicht eingeärndteten Früchte eines Schuldners eingeräumt wird, um die Früchte zum Besten des Schuldners verkaufen zu lassen [81]; sie kann nur sechs Wochen vor der gewöhnlichen Zeit der Reife der Früchte gesucht werden; der Huissier macht, wie bei der Auspfändung, ein Protokoll und bestellt einen Aufseher (gewöhnlich den Feldhüter) und versteigert nach den Regeln wie bei der Auspfändung.

D) Die Beschlagnahme der Renten geschieht in so fern als die flüssigen Renten zuerst Gegenstand der Execution sind, indem nach dem Zahlungsbefehle die Aufforderung durch den Huissier an den Besiegten und an den Dritten, d. h. den Schuldner der Rente geht, bei welchem der Arrest angelegt wird [82]. Reichen die flüssigen Renten nicht zu, so wird zum

---

79) Art. 570. 71.

80) Art. 579.

81) Code art. 626—635. Berriat St. Prix p. 481. Carré traité II. p. 229.

82) Code art. 636. Carré traité II. p. 236.

Verkauf der Rente selbst geschritten, wobei, weil die Rente als Immobile gilt, die Analogie der Formen der Subhastation der Immobilien eintritt.

E) Die Immission des Siegers in die Gutserträgnisse ist keine allgemeine Executionsweise, sondern kann nur von dem Schuldner nachgesucht werden, der durch einen notariellen Pachtbrief nachweisen kann, daß der reine Ertrag der Grundstücke während eines Jahres zur Zahlung der jenseitigen Forderung mit Zinsen hinreichen würde [83].

F) Der persönliche Arrest des Besiegten ist kein gewöhnliches Executionsmittel, sondern nur an gewisse Bedingungen gebunden [84], a) ausser Handelsfällen tritt er ein in gewissen strafbaren Fällen wegen nothwendigen Depositums, zur Execution possessorischer Urtheile [85] und in einigen Fällen, wo der Arrest speziell im Akte stipulirt war [86]. b) In Handelssachen hat auch gegen den Nichtkaufmann der Arrest zur Execution der handelsrechtlichen Geschäfte unter gewissen Bedingungen Statt [87]. c) Gegen Handelsleute (in dem ausgedehnten französischen Sinne hat er Statt wegen der Fälle, in welchen auch der Nichtkaufmann verhaftet werden darf, und wegen Handelsgeschäfte in dem Umfange, als das noch gültige Gesetz v. 15. Germinal Jahr VI. dies erlaubt [88].

---

83) Code civil art. 2212.

84) Gesetz vom 15. Germinal l'an VI. Berriat St. Prix Cours p. 550. Carré traité II. p. 386.

85) Cod. Nap. 2059—62.

86) Cod. Nap. art. 2063.

87) Code de Com. art. 636. Pardessus Cours du droit commercial t. IV. p. 237.

88) Pardessus Cours IV. tom. p. 243. Vincens exposition méthodique t. I. p. 149.

d) Auch wird der Arrest wichtig in soferne als [89]) gegen den Fremden wegen Contrakte, die er mit einem Franzosen im Auslande geschlossen hat, auch in Frankreich geklagt werden kann und gesetzlich [90]) jedes zu Gunsten eines Franzosen ergangene Urtheil gegen den Fremden durch persönlichen Arrest vollzogen werden kann; e) das Gericht kann endlich nach seinem Ermessen unter Bedingungen den Arrest im Urtheile aussprechen [91]). Die Gesetze bestimmen noch in Bezug auf Vollziehung gewisse Ausnahmen, fordern vorausgehende Signifikation, und lassen summarisch auf Antrag des Schuldners in einem referé über Arrest erkennen [92]).

G) Die Beschlagnahme unbeweglicher Güter (saisie immobilèire) hat im französischen Rechte schon die Eigenthümlichkeit, daß nicht, wie in Deutschland, eine gewisse Stufenfolge Statt findet, so daß erst bei dem Mangel anderer Executionsmittel die Subhastation eintrete, sondern der Sieger, wenn er eine Realforderung hat, kann sogleich die Subhastation wählen. Das Gesetz [93]) betrachtet diese Execution als diejenige, bei welcher durch viele Formen und durch längere Termine der Schuldner geschont und ihm eben wegen der längeren Dauer die Möglichkeit gelassen werden soll, durch andere Arten der Zah-

---

89) Code Nap. art. 14.
90) Gesetz v. 10. Sept. 1807.
91) Code de proc. art. 126. Carré traité I. p. 206.
92) Cod. civ. art. 2065. Cod. de proc. 781—86.
93) Code de proc. 673—717. Berriat St. Prix Cours p. 499. Carré II. p. 257. S. gute Bemerkungen im niederrhein. Archive v. Sandt u. Zum-Bach I. Bd. S. 58. II. Bd. S. 18. III. Bd. S. 257. IV. Bd. S. 126.

lung der harten Maaßregel zu entgehen, zugleich durch die möglichste Publizität und viele Formen etwaigen Chikanen, leichtsinnigen Veräusserungen, wodurch oft eine augenblicklich bedrängte Familie gänzlich zu Grunde gerichtet wird, vorzubeugen und den möglichst höchsten Preis der Güter zu bewirken. Vor der Revolution gab es ausser zahlreichen Reglements nur zwei Hauptordonnancen darüber; (ordon. des criées von 1536 und 1551) in der Revolution bestand das freilich zu einfache Ges. v. 11. Brumaire J. VII. Der Code unterscheidet nicht den Werth der zu versteigernden Grundstücke, sondern schreibt für alle das gleiche förmliche Verfahren vor. In dem Verfahren können fünf Hauptepochen unterschieden werden. 1) Die Einleitung zur Vollstreckung und Begründung derselben durch Zahlungsbefehl des Huissier mit der Drohung der Versteigerung [94]), welchem erst dreißig Tage darauf der Akt der Beschlagnahme durch ein Protokoll des Huissier folgen kann [95]), in welchem der Huissier die zur Execution zu bestimmenden Güter als der Vergantung unterworfen erklärt, und vollständig mit einem Auszuge aus dem Mutterprotokolle der Grundsteuerrolle beschreibt; worauf zur Controle des Huissiers eine Abschrift des Protokolls dem Greffier des Friedensgerichts und dem Maire, und bei der Greffe des Tribunals eingehändigt [96]), die Execution ins Register des Hypothekenbureaus eingetragen wird [97]).

2) Das Verfahren, zu dem Zwecke, die

94) Code art. 673.
95) Code 675.
96) Art. 676.
97) Art. 677.

Beschlagnahme und den vorbereiteten Verkauf den Interessenten und dem Publiko bekannt zu machen. Hiezu erfolgt a) binnen vierzehn Tagen von der Einregistrirung an die Anzeige der wirklichen Beschlagnahme an den Schuldner [98]), der erst von diesem Momente an in seiner Disposition beschränkt wird [99]); b) die Mittheilung der öffentlichen Bekanntmachung an die inskribirten Gläubiger [100]); c) die öffentliche Bekanntmachung der Beschlagnahme mit vielen Förmlichkeiten durch den Greffier [101]).

3) Das Verfahren zur Vorbereitung des Verkaufs selbst, der Bedingungen desselben und der öffentlichen Bekanntmachung. Hiezu gehören die Einrückung in öffentliche Blätter [102]); die Anheftung der Bekanntmachung an verschiedenen Orten [103]), verbunden mit Beglaubigungsakten über diese Anschläge [104]) und eine von dem Executionssucher vorzulegende sehr förmliche Uebersicht der Verkaufsbedingnisse (cahier des charges) und der zu versteigernden Güter [105]). Hieher gehören auch die zur Erreichung größerer Publizität vorgeschriebene durch den Gerichtsgebrauch in nutzlose Förmlichkeit [106]) aus-

98) Art. 681.
99) Art. 688. 93.
100) Code art. 695.
101) Code art. 682.
102) Art. 683.
103) Art. 684. Das Gesetz schreibt hiezu den Wohnort des Schuldners, die Thore der mit Beschlag belegten Güter, den Hauptplatz der Gemeinde des Wohnorts des Schuldners, das Thor am Sitzungssaale des Friedensgerichts und des Tribunals des Wohnorts vor.
104) Art. 685. 687.
105) Art. 697.
106) S. niederrhein. Archiv I. Bd. S. 188.

geartete dreimalige Ablesung des cahier des charges in der Audienz [107]), und wiederholte Anheftungen und Bekanntmachungen [108]).

4) Verfahren zur Vollziehung der Versteigerung selbst. Hier nimmt das Gesetz nur eine vorläufige Versteigerung an, deren Resultate noch nicht verpflichten. Die Versteigerung selbst geschieht in der Audienz des Gerichts erster Instanz; nur Anwälde können für die Partheien bieten; es werden drei Wachslichter angezündet, von welchen jedes eine Minute brennen muß; erst dann, wenn die drei Lichter, die nach einander angezüudet werden, verlöscht sind, kann der Zuschlag erfolgen [109]).

5) Verfahren bei der endlichen Versteigerung und Adjudikation der Sache. Erst sechs Wochen nach dem einstweiligen Zuschlag kann wieder die definitive vorgenommen werden, bei welcher das nämliche Verfahren Statt hat, und nach deren Resultate in der Sitzung der Adjudikationsbescheid erfolgt [110]). Die Masse dieser Förmlichkeiten hatte schon die westphälische Prozeßordnung [111]) bewogen, das Verfahren zu vereinfachen, obwohl die Grundideen stehen blieben; eine Verordnung im Königreich Niederland [112]) vereinfachte wenigstens das Verfahren bei Veräusserung der den Minderjährigen zugehörigen Immobilien; aber erst den Herrschern jener fran-

---

107) Code art. 702.
108) Art 703—5.
109) Code art. 706—709.
110) Code art. 706—715.
111) S. Art. 500 u. f.
112) V. 12. Juni 1816 s. auch abgedruckt im niederrhein. Archiv I. Bd. S. 148.

zösischen Provinzen, die an deutschen Staaten durch den letzten Frieden fielen, war es vorbehalten, auf eine zweckmäßige und kräftige Weise das Verfahren bei Zwangsveräusserungen zu reguliren, und das Verfahren zu vereinfachen, ohne die wohlthätige Schonung des Schuldners zu vernachlässigen. Für Rheinpreußen geschah dies durch eine Verordnung v. 1. Aug. 1822, für Rheinbaiern durch ein Gesetz v. 1. Juni 1822, und bei dem letzteren, dessen Entwurf den Landständen vorgelegt war, sind vorzüglich die Berathungen der Stände merkwürdig [113]. 1) Beide Gesetze fühlten, daß ein Hauptgrund der Gebrechen der französischen Execution darin liege, daß nur der Huissier die Vollstreckung leitet; beide haben dadurch zu helfen gesucht, daß sie anderen Beamten das Geschäft übertrugen, und zwar das preußische Gesetz dem Friedensrichter des Ort, wo die Immobilien liegen, das baierische dem Notar [114]. 2) Der Fehler des französischen Verfahrens, nach welchem die Versteigerung nicht am Orte, wo die Güter liegen, geschehen mußte, wurde vermieden, indem der Verkauf immer nur am Orte der Güter geschehen muß [115], wodurch unfehlbar ein höherer Preis erzielt wird, als durch die Versteigerung an einem Orte, an welchem nur Wenige die Güter kennen. 3) Von den Formalitäten der Einleitung hoben beide Gesetze [116] den Akt der Beschlagnahme

113) Es gehören hieher die landständischen Verhandlungen der zweiten Kammer III. Beilagenband S. 241. und Verhandlungen IV. Bd. S. 94. VI. Bd. S. 182—248. VII. Bd. S. 185. 287.

114) Preuß. Vero. §. I. baier. Art. 3.

115) Preuß. Vero. §. 1. 18. baier. §. 14.

116) Preuß. §. 3. Vergl. 6.

auf, wie dies in der baierischen Ständekammer zweckmäßig in Antrag gebracht war [117]. 4) Durch die Vorschrift, daß die Versteigerung am Orte, wo die Güter liegen, geschehen sollte, wurden viele nur auf die französische entgegengesetzte Bestimmung berechnete Förmlichkeiten überflüssig, insbesondere die Eintragung der Beschlagnahme in die Gerichtsschreiberei, der Fertigung der Auszüge davon und verschiedener Anheftungen. 5) Die Begründung der Vollziehung geschieht durch Anmeldung des Gläubigers bei dem Friedensgerichte und in Baiern bei dem Gerichte [118]. In Preußen legt der Gläubiger sogleich ausser der Urkunde eine Beschreibung aller zu veräussernden Gegenstände, Auszüge aus den Steuerrollen, Hypothekenbüchern, die Kaufbedingungen und die Erklärung eines von ihm zu machenden Gebots vor, in Baiern wird von dem Gerichte auf summarische Verhandlung auf ein einfaches Gesuch der Notar zur Leitung der Versteigerung als Gerichtscommissär ernannt. — 6) Das Subhastationspatent wird in Preußen von dem Friedensrichter, in Baiern von dem Notar entworfen, nachdem nach baierischem Gesetz der Gläubiger zuvor dem Notar die nöthigen Belege übergeben, und der Notar ein vollständiges Commissionsprotokoll entworfen hat [119]. 7) Statt der vielen kostspieligen und unnöthigen französ. Anheftungen des Patents, be-

117) Verhandlungen III. Beilagenband S. 246. Es existirt der in den alten Edikten diese Förmlichkeit veranlassender Grund nicht mehr, und der Zweck der Bekanntmachung an den Schuldner ist einfacher zu erreichen, nämlich durch Anheftung der Anschlagszettel s. baier. Ges. art. 8. 10.

118) Preuß. Vero. §. 4. baier. §. 3.

119) Preuß. §. 12. baier. §. 5. 6.

schränken beide Gesetze [120]) sie nur auf die nothwendigsten Orte, z. B. die Gemeinde, wo die Güter liegen, und der Schuldner wohnt. Die unnöthigen Visa, z. B. durch den Bürgermeister, fallen weg. Das preuß. Gesetz unterscheidet wegen der Ausdehnung der Bekanntmachung und der zu setzenden Fristen für die Steigerung sehr weise nach dem Werthe der Grundstücke, nach der Steuer [121]). 8) Statt der dreimaligen Anheftung der Zettel verlangt das baierische Gesetz nur einmalige, und statt der drei Bekanntmachungen in den Blättern nur zwei [122]). 9) In der ersten Bekanntmachung fordert nach baier. R. [123]) der Notar den Schuldner, die Hypothekgläubiger und alle Betheiligten auf, in einem bestimmten Termine vor ihm zu erscheinen und ihre Einwendungen abzugeben; an dem bestimmten Tage hält, wenn Einwendungen gemacht werden, der Notar ein Schwierigkeitsprotokoll ab, versucht unter den Partheien die Güte und nimmt, wenn der Versuch fehl schlägt, alle Einwendungen und Gegenerklärungen zu Protokoll, so daß das Gericht darüber entscheiden kann. 10) Ein Unterschied der provisorischen und der endlichen Versteigerung kömmt nach beiden Gesetzen [124]) nicht mehr vor, schon die erste ist definitiv. Die Form der Steigerung mit drei brennenden Kerzen ist beibehalten. 11) Statt daß in Frankreich nur Anwälde für die Steigerungs-

---

120) Preuß. §. 13. baier. Art. 7. rc.

121) Preuß. §. 13. wenn die Grundsteuer nur 4 Thlr. jährlich beträgt, so ist der Termin 4 Monate, und 4 Monate wenn die Steuer 160 Thlr. oder mehr beträgt.

122) Baier. Art. 14.

123) Baier. Ges. Art. 6. u. Art. 31.

124) Preuß. §. 23. 24. baier. Art. 6. 17.

lustigen bieten dürfen, kann, nach beiden Gesetzen [125]), jeder Bürger selbst oder durch andere bieten; nach baier. Gesetz muß jeder sogleich den Mandanten nennen, nach preuß. braucht man es nur binnen drei Tagen zu thun. 12) Ein Nachgebot ist nie zulässig [126]). 13) Statt der vielen Nullitäten des französ. Prozesses ist die Zahl sehr beschränkt, ihre Vorbringung ist an kurze Fristen gebunden, eben so wie die Appellation gegen die Urtheile wegen Nullitäten, und neue Nichtigkeitsklagen werden in der Appellationsinstanz nicht gehört [127]). 14) Auch die französ. Distraktionsklage (wenn Jemand Ansprüche auf die zu versteigernden Immobilien behauptet) ist in ihrer Vorbringung so wie in der Appellation beschränkt [128]). 15) Die Inzidentstreitigkeiten sind theils durch das Verfahren vor dem Beamten, theils durch das vor dem Notar aufzunehmende Schwierigkeitsprotokoll, theils durch Beschränkung auf gewisse Fristen der Anbringung, theils durch Vereinfachungen Appellation der beschränkt oder beseitigt [129]). 16) Wenn der Ersteigerer die übernommenen Bedingungen nicht erfüllen kann, also neue Steigerung eintreten muß, so haben die Gesetze [130]) weise berücksichtigt, daß es bei dieser Steigerung nicht mehr auf einen unglücklichen Schuldner, sondern auf ein Verfahren gegen einen leichtsinnigen oder unredlichen Erwerber ankömmt, der keine Begünstigung verdient und nur durch eigene Schuld büßt.

---

125) Preuß. §. 22. baier. §. 15.
126) Preuß. §. 24. baier. §. 6.
127) Preuß. Ges. §. 32. baier. §. 37. 38.
128) Preuß. §. 20. 30. baier. §. 33—36.
129) Preuß. Ges. §. 19. 27. 31. baier. §. 29—32.
130) Preuß. §. 37. baier. §. 41.

Die bisherige Darstellung führt auf die Untersuchung der Vorfrage: wem soll die Leitung der Vollstreckung überlassen werden? Soll das Executionsverfahren als eine Fortsetzung des Prozesses bei dem bisherigen Richter verhandelt werden wie im deutschen Prozesse, oder soll, wie in Frankreich, einem anderen Beamten die Vollstreckung anvertraut werden? — Der deutsche Prozeß geht von der Vorstellung aus, daß das Richteramt nicht bloß zum Rechtsprechen, sondern nur zur Realisirung streitiger Rechtsansprüche angerufen werde, daß daher das richterliche Verfahren nicht mit dem Urtheile beendigt sey, indem dem Sieger nicht mit dem papierenen Urtheile gedient ist, sondern er wirklich in den Genuß des zugesprochenen Rechts kommen will, wozu aber in den meisten Fällen Zwang nothwendig ist, über dessen Anwendung Streit entsteht, der eine richterliche Entscheidung nothwendig macht [131]. Es läßt sich nicht läugnen, daß in dieser Einrichtung viele Gründe bedeutender Gebrechen der Vollstreckung liegen. Insbesondere wird dies dann fühlbar, wenn, wie in Deutschland, bei den Untergerichten noch Verwaltung und Justiz verbunden und das Amt mit einer Masse von Geschäften überladen

131) Es ist nicht schwierig zu erweisen, daß weder bei den Römern, noch bei den alten Germanen die Vollziehung der Urtheile als Ausfluß der richterlichen Gewalt angesehen war, gerade dadurch, daß das vom judex pedaneus oder bei den Germanen von den Schöppen gefällte Urtheil zur Vollziehung an den praetor oder an den deutschen comes oder den Vorsitzer des Gerichts kam, ergiebt sich das Gegentheil; allein seit der Zeit als die Schöppenverfassung verfiel und der landesherrliche Richter auch das Geschäft der Schöppen übernahm, entstand die Verbindung des Vollziehungsamtes mit der Richtergewalt.

ist, welche es kaum möglich machen, mit dem nothwendigen Interesse und mit Umsicht um die zweckmässigsten Executionshandlungen sich anzunehmen, so daß nur zu oft mechanisch auf die Gesuche verfügt wird [132]. Durch die Verweisung der Vollstreckung an das Gericht erhält leider die Executionsinstanz den Character eines gewöhnlichen Prozesses, in welchem keine andere als von den Anwälden unterzeichnete Gesuche angenommen, und auf jede Schrift mit allen Förmlichkeiten schriftlich verfügt wird [133]. Dadurch, daß nur das Gericht über die Anwendung jedes Executionsmittels entscheidet, und der Executor Aufträge des Gerichts abwarten muß, bekömmt die Individualität des Richters den traurigsten Einfluß, um so mehr, als bei der Execution der Richter immer durch zwei Rücksichten — auf den unglücklichen Schuldner, und den berechtigten Gläubiger — schwankt, und bei dem besten Willen oft der Richter sich nicht von den Einwirkungen seiner Gemüthsart losmachen kann, so daß der gutmüthige und sehr zartfühlende Richter leichter den Gläubiger begünstigen, und Fristen bewilligen wird, während der strenge oder hartherzige Richter schonungslos nur das Recht des Gläubigers vor Augen haben wird [134]. Nicht ungegründet ist es auch, daß die

---

132) Weber über das baierische Credit- und Schuldenwesen S. 192.

133) V. Reibnitz Versuch über das Ideal der Gerichtsv. 1. Thl. S. 326.

134) Es ist eine sehr richtige Bemerkung Webers l. c. S. 193, daß selbst die Erfahrung bald zeigt, welchen Einfluß die Gemüthsart der Richter auf den allgemeinen Credit eines Kreises hat, so daß die Unterthanen der Landgerichte, welchen das Unglück träger oder gleichgültiger Richter wurde, am wenigsten oder nur unter den härtesten Bedingungen Darlehen erhalten.

Vollziehung, wenn sie blos den Gerichten überlassen wird, das Ansehen des Richteramtes auf manche Art gefährdet, indem bei jeder Vollstreckung Willkühr darüber entscheidet, ob Strenge oder Nachsicht eintreten soll[135], und das Gehässige, was jede Vollstrekkung mit sich führt, auf den Richter zurück wirft. Selbst für die Partheien, welche über die Executionsweise sich zu beschweren haben, entsteht mancher Nachtheil, wenn es der Richter ist, gegen dessen Verfügungen Beschwerde erhoben werden soll; während viel einfacher die Klage gegen andere Beamte realisirt werden kann. Wenn man aber auch diese Bedenklichkeiten nicht als ungegründet angeben kann, so möchte man schwerlich zur unbedingten Lobpreisung der französischen Einrichtung kommen. Welche Gebrechen insbesondere das französische Subhastationsverfahren an sich trägt, wird schon aus den Verbesserungen ersichtlich, zu welchen die beiden obenerwähnten Gesetze sich genöthigt sahen. Betrachten wir aber das französische Executionsverfahren überhaupt, so steht 1) die große Verzögerung des Verfahrens und die Kostspieligkeit desselben im nächsten Zusammenhange mit der Idee des französischen Gesetzgebers, die Einwirkung der Gerichte auf das Verfahren in so ferne nicht streitige Zwischenfragen vorkommen, abzuschneiden, als consequente Folge der französischen Ansicht von der Nothwendigkeit der Trennung der Justiz und der Verwaltung. Was insbesondere die Kosten betrifft, so ist es interessant von den mit der Ausübung des französischen Verfahrens vertrauten Geschäftsmännern zu erfahren,

135) S. darüber sehr gute Bemerkungen in den baier. Landtagsverhandlungen von 1822 VI. Bd. S. 234.

daß auch die kleinste Mobiliarpfändung, selbst wenn nur 5 fl. eingeklagt sind, vorausgesetzt, daß keine Reisegebühren des Huissier vorkommen, schon 32 fl. 34 kr. kostet [136]), daß die Kosten der Versteigerung auch bei dem unbedeutendsten Grundstücke wenigstens 300 Franken betragen [137]). Daß nicht selten, z. B. wegen einer Forderung von 160 fl. die Kosten der Prozedur der Versteigerung 242 Gulden betragen können [138]). Daß in einem Falle die Emolumente der Beamten bei der Subhastation eines größeren Guts 6000 Fr. erreichten [139]), daß wegen der höchst unzweckmäßigen Vorschrift, nach welcher bei der Steigerung nur Anwälde bieten dürfen, die Gebühr des Anwalds blos für das ausgesprochene Wort 169 Fr. be einem Gutswerth von 20000 Fr. beträgt [140]). Diese ungeheueren Kosten sind durch die zahllosen Formalitäten veranlaßt, welche das Gesetz vorzuschreiben für nöthig fand, und deren Beobachtung durch gedrohte Strafe der Nichtigkeit eingeschärft werden mußte; die Kosten steigen aber noch auf eine empörende Weise, wenn unglücklicher Weise eine von den vielen Formalitäten [141]) vernachlässigt wird. Vergaß der Huissier nur eine Bekanntmachung an einer der vielen im Art. 684 genannten Thüren anzuheften, wurde das *visirt* des

136) S. baier. Landtagsverhandlungen IV. Bd. S. 95. VII. Bd. S. 287.

137) Niederrheinisches Archiv v. Sandt u. Zum-Bach II. Bd. S. 24.

138) Adolay Andeutungen das Justizwesen im Rheinkreise betreffend (Frankenthal 1820) S. 32.

139) Zum-Bach vollst. Gegeneinanderstellung der Hauptmomente der preuß. u. französ. Prozeßo. S. 323.

140) Niederrhein. Archiv III. Bd. S. 363. Not.

141) Zum-Bach vollst. Gegeneinanderstellung S. 323.

Bürgermeisters vergessen, wurde von dem Beschlagnahmsprotokolle nur der Auszug mitgetheilt, so wird [142]) das Verfahren nichtig, und der Gläubiger muß von vorne anfangen. Alles dies ist die consequente Folge der Ansicht des Gesetzgebers, daß der Huissier auf jede Art controlirt und jeder Schritt ihm genau vorgeschrieben werden muß, um seiner Willkühr vorzubeugen. Während in Deutschland der Gerichtsbote von dem Gerichte in jedem Falle seine Instruktion für den einzelnen Akt bekömmt, muß in Frankreich das Gesetz eine allgemeine für die ganze Folge der Executionshandlungen nothwendige Justruktion dem Huissier geben und recht genau Schritt vor Schritt ihm vorschreiben; es muß, statt daß in Deutschland der Richter in jedem Falle die Termine setzt, hier das Gesetz im Allgemeinen die Termine fixiren, und es kann selbst auf den größeren oder geringeren Betrag der Forderung dabei keine Rücksicht genommen werden, weil auch für die wichtigste Versteigerung wie für die geringste die Vorschrift passen muß. Selbst die große Zahl der Formalitäten und die Drohung der Nichtigkeit ist eine consequente Folge der Ueberzeugung des Gesetzgebers, daß nur dadurch die Willkühr dieser subalternen Personen gezügelt und der Huissier zur Aufmerksamkeit gespornt werden kann. 2) Diese Nothwendigkeit auf der einen Seite den Huissier zu bewachen und zu controliren, und dadurch die auf der anderen Seite zu ausgedehnt gegebene Gewalt unschädlich zu machen, fordert im französischen Verfahren die Vorschrift, bei der Subhastation mehrere Beamte thätig seyn zu lassen, von welchen einer den andern bewacht, daraus erklären sich die vorgeschriebe-

---

142) Art. 717.

nen Einwirkungen der Greffier, daraus die Visa der Maires. 3) Dadurch, daß eine Person, welche kein höheres Ansehen genießt, weder durch ihr Studium, noch durch ihr Amt in den Augen der Partheien besonderes Vertrauen erweckt, bekömmt das ganze französische Executionsverfahren einen gewissen mechanischen Character, um so mehr als das Gesetz selbst nicht der Diskretion, und der Umsicht der Huissiers es überlassen darf, die Formen nach dem Bedürfnisse des einzelnen Falles zu modeln, daher der geringste wie der bedeutendste Executionsfall nach dem Schlendrian der einmal vorgeschriebenen Protokolle und der hergebrachten Formularien verhandelt wird. 4) Auch die Stellung des Huissier, sein ganzes Verhältniß zu den Partheien, mit welchen er als eine von den Bürgern gedungene Person in vielfachen bürgerlichen Verkehr mit den Unterthanen tritt, erzeugt manche Nachtheile. — Die Partheien gewöhnen sich daran den Huissier als eine von ihnen abhängige Person zu betrachten, und sein Interesse nöthigt ihn sich gut mit den Unterthanen zu halten. So steht er als eine leicht zu gewinnende Person in der Mitte zwischen Sieger und Schuldner, und es hängt von ihm ab, ob er mehr mit Strenge und nachsichtsloser Härte dem Ersten durch rasche Execution helfen, oder, weil ein größeres Interesse ihn zu dem reicheren Schuldner zieht, den Letzteren begünstigen will. An Mitteln hiezu kann es dem gewandten Huissier nicht fehlen; nicht selten fleht demüthig der gutmüthige aber minder reiche Gläubiger drei- und viermale bei dem Huissier um ihn endlich zur Vornahme der Vollstreckungshandlungen zu bewegen [143]; und wenn kein anderes Mittel

143) Es ist nicht zu läugnen, daß auch in Deutschland die

da ist, so weiß die Praxis sich gut dadurch zu helfen, daß der Huissier aus Gefälligkeit für den Schuldner eine Nullität begeht, die dem Letzteren Gelegenheit giebt, durch einen Zwischenprozeß den lästigen Sieger sich für einige Zeit vom Halse zu schaffen. 5) Vorzüglich wird es bedenklich dem Huissier so viel zu überlassen, wenn man erwägt, daß im Laufe der Execution häufig Streitigkeiten vorkommen, welche eine Entscheidung bedürfen; da dem Huissier die Entscheidung derselben nicht überlassen werden kann, da er gar nicht in der Lage ist, daß von ihm die vorläufige Aufzeichnung der Einwendungen und Gegenerklärungen zu Protokoll erwartet werden darf, so daß das Gericht nur auf den Grund des abgehaltenen Protokolls entscheiden dürfte, so entstehen in dem französischen Verfahren sehr häufig durch Oppositionen Stockungen in der Execution, und zwar nicht selten im günstigsten Momente für den Sieger. Der Schuldner versucht wenigstens die Opposition, und es ist bekannt, daß sich leicht ein Freund des Schuldners auffinden läßt, um mit einem (freilich nur fingirten) Anspruche aufzutreten, dadurch die Execution zu hemmen, und dem Schuldner Zeit zu verschaffen. 6) Selbst darin, daß dem Huissier, der für die meisten Executionsarten durch die bloße Uebergabe des Urtheils als bevollmächtigt gilt, so viel anvertraut werden muß, daß der vom Sieger gewählte Huissier auch nur zunächst diesem Rechenschaft abzulegen hat, und in der geringen Auf-

---

Willkühr der Unterrichter gefährlich ist, und daß oft 3—4 Gesuche des Siegers erst den Richter in Bewegung setzen können; allein das ist eben nicht die glänzendste Seite des deutschen Prozesses und verdient ebenso wohl gründliche Verbesserung.

sicht über diese Huissiers, so wie in der durch Belege zu erweisende nicht seltene Klagen, daß der Huissier das empfangene Geld vergeudet hat und nicht mehr zu ersetzen im Stande ist, liegt ein neuer Grund von Bedenklichkeiten [144].

Soll nun eine genügende Erörterung der Frage geliefert werden: welche Executionsweise die zweckmässigste sey, so müssen zwei Fragen getrennt werden; I. soll nur dem Sieger überlassen werden, die Vollziehung des rechtskräftigen Urtheils einem Vollziehungsbeamten zu übertragen, oder soll der Sieger sich an das Gericht wenden, und die Einleitung des Executionsverfahrens dort nachsuchen müssen? II. Soll die Fortsetzung und die Leitung der Executionshandlungen und die eigentliche Vollziehung dem Gerichte oder einem anderen von dem Gerichte hiezu angeordneten Beamten übertragen werden?

Unbedenklich muß bei der ersten Frage dafür gestimmt werden, daß der Sieger sich an das Gericht zu wenden, und den Befehl zu erwirken habe, a) weil in so vielen Fällen sogleich am Anfang der Execution Streitigkeiten entstehen, z. B. über Umfang der Rechtskraft, über die Liquidität und ähnliche Punkte, welche dann am besten vorerst beseitigt werden können, ohne daß unnütze Executionshandlungen vorauszugehen brauchten; b) weil dem Gericht am besten zugetraut werden kann, unpartheiisch und mit Würdigung der einzelnen Fälle die Frist für die Execution im einzelnen Falle zu bestimmen; c) weil durch den vom Gerichte ausgehenden Auftrag die ganze nachfolgende Execution eine richtige und mit dem nöthigen Ansehen bekleidete Grundlage erhält; d) weil es dadurch mög-

---

144) S. auch Zum-Bach vollst. Gegeneinanderstellung S. 312.

lich wird, einem zweckmäßig auszuwählenden Beamten, der für die ganze Folge im Namen des Gerichts und als Kommissär desselben handelt, die Vollziehungsakte aufzutragen. Zweckmäßig mag es nur seyn, dem Gerichte eine Frist [145]) zu geben, innerhalb welcher längstens der Beschluß auf das Executionsgesuch gefaßt seyn muß. In Ansehung der zweiten Frage ist es dagegen zweckmäßiger, die Leitung der Execution nur einem als Gerichtscommissär handelnden Beamten zu übertragen, an welchen die Parthei sich zu wenden hat; ihm wird eine umständliche Instruktion für jede Executionshandlung durch das Gesetz gegeben, nach welchem er handelt, bis der Fall streitig wird; auch dann muß ihm theils das Vermittelungsamt zustehen, theils das Recht in einem Protokolle alle Einwendungen und Gegenerklärungen so vollständig aufzufassen, daß das Gericht, an welches das Protokoll von ihm eingesendet wird, vollständig über die Streitfrage zu entscheiden im Stande ist. Ein solcher Beamte, dem dies Geschäft aufzutragen wäre, müßte theils einen würdigen Rang in der bürgerlichen Gesellschaft haben, und von dem Gesetze auch bei anderen Amtsverrichtungen so gestellt seyn, daß die Partheien den leitenden Beamten nicht als von ihnen abhängig und subordinirt betrachten, vielmehr mit Achtung und Vertrauen sich an ihn wenden; er muß zugleich mit den nöthigen Rechtskenntnissen versehen und in Geschäften, vorzüglich denen der freiwilligen Gerichtsbarkeit, so erfahren seyn, daß ihm das Gericht die Leitung der Akte, die richtige Würdigung der Verhältnisse des einzelnen Falles, das Vermittlungsamt

---

145) Das baierische Gesetz über d. Zwangsveräusserungen §. 3. giebt hiezu dem Gerichte 8 Tage.

und eine Art von Instruktion zur Aufnahme der Einwendungen anvertrauen kann. Entweder kann nun, wie nach dem rheinpreußischen Gesetze, das Geschäft dem Friedensrichter, oder, wie nach dem rheinbaierischen Gesetze, dem Notar, oder, wie nach dem würtembergischen Gesetze [146]), der Ortsobrigkeit, oder, wie nach dem Vorschlage des Hrn. v. Reibnitz [147]), einer Jury übertragen werden. Für den ersten Vorschlag spricht, daß der Friedensrichter ohnehin eine Gerichtsperson ist, und die nöthigen Eigenschaften besitzt, vorzüglich am geeignetsten wegen der Vermittlung ist; für die Uebertragung des Geschäfts an den Notar aber spricht, daß der Notar ohnehin nach französischem Rechte [148]) ein ähnliches Geschäft in einigen Fällen hat, daß dadurch der Grundsatz der Reinheit der Justitz besser durchzuführen ist, und daß der Notar wegen seines Geschäftskreises am leichtesten die Executionshandlungen vornehmen und Förmlichkeiten beobachten kann, insbesondere zu Versteigerungen besser als der Friedensrichter paßt, weil der Steigerungsakt doch kein richterlicher genannt werden kann. Vorzüglich aber scheint der Notar geeigneter zu seyn, wenn man an die Frage kömmt, ob der Gläubiger die nöthigen Auszüge aus den Steuerrollen, aus dem Hypothekenbuche, die Kaufsbedingungen, Güterbeschreibungen beibringen und nur dem Beamten übergeben soll, oder ob der Beamte selbst für die Beibringung dieser Punkte sorgen soll; das Erste ist in Rheinpreußen und zwar ganz consequent vorgeschrieben, weil dem Friedensrichter, als einem Richter, nicht zu-

146) Organisationsedikt v. 31. Dez. 1818 §. 187.

147) Versuch über das Ideal einer Gerichtsordn. I. Thl. S. 327—30.

148) Code civil art. 837.

gemuthet werden kann, die zur Beibringung gewöhnlich nothwendigen Schritte und Gänge zu machen; das Zweite liegt dagegen in Baiern dem Notar ob, und hier sey es erlaubt zu bemerken, daß die baierische Einrichtung den Vorzug verdient, weil nur dem Notar als dem mit solchen Geschäften vertrauten Manne es leicht möglich wird, die nöthigen Auszüge beizubringen, weil er sogleich das Beigebrachte prüfen und sich brevi manu überzeugen kann, ob nichts fehle, während theils der unerfahrene und oft nicht gebildete Gläubiger, wenn er für Alles selbst sorgen soll, einer kostspieligen Mittelsperson und eines Rathgebers sich bedienen, weit mehr Mühe anwenden muß, bis er die Belege zusammenbringt, und sehr häufig der Friedenrichter das Beigebrachte nicht als genügend erkennen wird, so daß nur Zeit verloren wird. — Was die Ansicht betrifft, die Execution dem Ortsrichter oder der Gemeindeobrigkeit zu überlassen, so ist zwar viel dafür zu sagen, allein nicht ohne Grund muß man besorgen, daß theils diese aus dem Stande der Partheien gewählte Obrigkeit, die in bürgerlichen Verhältnissen zu sehr mit den Partheien leben muß und nicht unabhängig genug ist, nicht die nöthige Energie anwenden wird, um dem Sieger zu helfen, daß theils die gewöhnlich nicht rechtsgebildete Gemeindeobrigkeit nicht im Stande ist, im Falle von Streitigkeiten auf eine völlig genügende Weise die Verhandlung so zu instruiren, daß das Gericht darüber entscheiden kann. Nur dann, wenn die Gemeindeverfassung so gut organisirt ist, daß diese Bedenklichkeiten gehoben werden können, würde für die Uebertragung der Execution an die Gemeinden gesprochen werden können. Der Vorschlag v. Reibnitz kömmt in manchen Beziehungen dem ebenerwähnten nahe; v. Reibnitz führt dafür

noch an, daß nur dadurch, daß die von ihren Mitbürgern gewählten Geschwornen am besten Kenntniß von den Vermögensverhältnissen der Partheien haben, daher die geeignetesten sind, um die zweckmäßigsten schnellwirkenden und zugleich dem Schuldner am wenigsten lästigsten Executionsmittel zu wählen, daß selbst, wenn die Jury exequire, nicht ein gefühlloser Scherge, wie v. Reibnitz sagt, in das Innere der Familien eindringe, sondern hier ein Mitbürger als ein Freund handle, in dessen Hände beide Theile gerne ihr Interesse legen würden. So anziehend von dem würdigen Standpunkte aus, der die Menschen auffaßt wie sie seyn sollten, dieser Vorschlag erscheint, so große Bedenklichkeiten dringen sich dann auf, wenn man die Menschen betrachtet wie sie sind. Leider ist, wenn es auf die Execution ankömmt, in der Regel nicht mehr der Freund am Platze, in dessen Hände beide Partheien ihr Schicksal legen; es stehen sich vielmehr häufig zwei erbitterte und nicht selten von dienstfertigen oder eigennützigen Rathgebern verleitete Partheien gegenüber, welche möglichst einander zu chikaniren suchen, und denen nur Ernst und eine vom gehörigen Ansehen umgebene Strenge entgegenwirken kann. Wir wagen sehr zu zweifeln, ob nach den Verhältnissen des Volkes von einer Jury die nöthige Kraft erwartet werden kann; wir zweifeln selbst, eingedenk wie sehr die Bürger gewöhnlich von allen gehässigen Geschäften sich loszumachen suchen, an der Möglichkeit, eine Jury auf eine solche würdige Weise zu besetzen, daß sie unzugänglich einem falschen Mitleiden die Interessen des Gläubigers und Schuldners in Harmonie zu bringen weiß. Wir besorgen selbst, daß der unvermerkt sich einschleichende Kollegialgeschäftsgang die nothwendige Schnelligkeit des Verfahrens hindern wird, und glau-

ben, daß diese nicht gebildete Jury nicht im Stande ist, zweckmäßige Verhandlungen zu leiten, daß selbst die als Vortheil gerühmte Kenntniß von der Individualität der Partheien eine gefährliche Willkühr begünstigt. So scheint der Notar oder unter gewissen Voraussetzungen die Gemeindeobrigkeit die zweckmäßigste Executionsbehörde zu seyn.

Wenden wir uns nun zu den einzelnen bei der Execution vorkommenden Fragen, so stoßen wir 1) auf die Frage: ob das Recht des Siegers aus einem rechtskräftigen Urtheile sogleich Execution zu verlangen, an eine gewisse Zeit gebunden werden soll, z. B. wie nach preußischem Rechte [149]), oder ob, wie nach französischem und gemeinem deutschen Rechte die Execution zu jeder Zeit nachgesucht werden kann [150]). Das erste ist in neuerer Zeit von Zum-Bach [151]), das zweite dagegen von Reibnitz [152]) vertheidigt worden. Wenn der Erste die Besorgniß hat, daß der Sieger sonst leicht bis zu dem Momente die Vollziehung des Urtheils aufschieben werde, in welchem für den Schuldner der Vollzug gerade am ungünstigsten seyn würde, so möchten theils solche Fälle sehr selten seyn, in welchen der Sieger nach so langer Zeit des Wartens noch den Vollzug aufschieben möchte; dagegen aber entscheidet die Rücksicht, daß dem Sieger, welcher sich das

---

149) Nach Gerichtso. Tit. XXIV. §. 3. muß der Sieger binnen einem Jahr vom Urtheil an auf Execution dringen, sonst muß er auf das Neue (obwohl executivisch, wenn er innerhalb 5 Jahren klagt) Klage stellen.

150) Nach Art. 156 Code de proc. muß nur die Execution eines Contumacialurtheils binnen 6 Monaten begonnen werden.

151) Zum-Bach vollst. Gegeneinanderstellung S. 310.

152) V. Reibnitz Ideal einer Gerichtso. I. Thl. S. 315.

Recht auf Execution so mühsam erworben hat, diese Befugniß nicht verkümmert werden darf, und daß in der Regel der Schuldner nur gewinnt, wenn die Vollstreckung des Urtheils aufgeschoben wird; daß daher dem Sieger ohne Grund die Last einer neuen Prozeßführung aufgebürdet wird, wenn er nicht zu jeder Zeit Execution nachsuchen darf. — 2) Bei der Frage: ob der Richter auf das Executionsgesuch erst dem Schuldner eine Frist zur freiwilligen Erfüllung mit Androhung der Execution setzen soll, darf zwar nicht unbeachtet bleiben, daß der Schuldner, sobald das Urtheil gefällt war, voraus sehen konnte, daß die Vollstreckung eintreten würde, und daß eine längere Zögerung und Androhung überflüssig scheint; allein unter der Voraussetzung, daß die Frist nicht zu lange dauert, muß doch die Festsetzung einer solchen empfohlen werden [153], wenn nur der Executionssucher sogleich in der ersten Schrift an das Gericht das bestimmte Executionsmittel in Vorschlag bringt und das Gericht, indem es die Frist setzt, zugleich, wie es z. B. in Preußen und in Mecklenburg geschieht, die bestimmte Execution schon so androht, daß nach dem Verlaufe der Frist ohne ein neues Gesuch des Siegers an das Gericht die Vollstreckung eintritt. Auch muß mit der Drohung der Auftrag gegeben seyn, daß der Schuldner alle seine etwaige Einreden auf einmal (hier wirkt die Eventualmaxime trefflich) in bestimmter Frist beibringe. Auch kann zweckmässig das Gericht schon den Beamten benennen, welcher die Vollstreckung nach dem Ablaufe der Frist zu leiten hat. 3) In Ansehung der

---

153) S. auch v. Gönner Com. zum baier. Gesetze v. 1819 S. 414.

Frage: ob dem Sieger die Wahl gelassen werden soll die Mobilien oder Immobilien anzugreifen [154]), oder ob, wie in allen deutschen Gesetzbüchern geschieht, eine Stufenfolge so eintreten soll, daß erst die Mobilien und dann erst die Immobilien angegriffen werden sollen, hängt zwar die Antwort mit dem Daseyn einer Hypothekenverfassung zusammen, und unbedenklich muß der inskribirte Gläubiger das Recht haben, das ihm verhypothezirte Grundstück sogleich anzugreifen; im Gegentheile aber ist die Stufenfolge des deutschen Rechts gewiß zu empfehlen, weil jedes überflüssige Mittel auch ungerecht ist, weil der Staat auch das Interesse hat, die Existenz einer Familie, welche oft allein an ihren Grundbesitz geknüpft ist, zu erhalten, und so lange abzuwenden als noch andere Mittel vorhanden sind, den Sieger zu befriedigen, weil endlich nicht selten Neid und Habsucht Gelegenheit finden würden, ein willkommenes und lange begehrtes Grundeigenthum des Nachbars wohlfeil an sich zu bringen. Dagegen scheint es nicht zweckmäßig die Ordnung so vorzuschreiben, daß zuerst die Mobilien, dann Immobilien und dann erst die ausstehenden Aktivforderungen des Schuldners angegriffen werden sollen. Wenn zwar v. Gönner [155]) diese Ordnung dadurch rechtfertigen will, daß sie zum Vortheile des Gläubigers an den letzten Platz gestellt sey, weil Niemand schuldig sey sich an einen anderen Schuldner verweisen zu lassen, und solche Forderungen mit den anderen Schuldnern erst ausgestritten werden müßten, so entscheidet dagegen die Rücksicht, daß dem Gläubiger doch schnel-

154) S. auch Code Napoléon Art. 2204–9.
155) In den Motiven zum Prozeßentwurf S. 886.

ler durch Angriff der Forderungen geholfen werden kann, als durch die mit so vielen Förmlichkeiten umgebene Subhastation; auch kann es vorzüglich, wenn die Aktivforderung des Schuldners hypothekarisch inskribirt ist, nicht mit Beschwerlichkeiten verbunden seyn, durch den jenseitigen Schuldner Befriedigung zu verschaffen. Am besten wird jedoch die Gesetzgebung dem Gläubiger die Wahl lassen, ob er an die Immobilien oder an die Aktivforderungen sich halten will. 4) Was die einzelnen Executionsmittel betrifft, so haben sich als Ueberbleibsel älterer Ansichten einige eingeschlichen, welche keine Beibehaltung verdienen; insbesondere die Einlegung eines Executors, und der persönliche Arrest; die erste ist eben so unzweckmäßig als ungerecht, sie macht dem armen Schuldner, der aus Geldmangel nicht zahlt, neue Kosten, und bewirkt, daß er noch weniger zahlen kann, und nützt nichts gegen den trotzigen Schuldner, weil er lieber die Executionsgebühr zahlt, während die Auspfändung ihn mehr beschämen und eher zur Zahlung bewegen würde [156]. Der persönliche Haft ist kein mit der erwachten Einsicht in die Nothwendigkeit des Schutzes bürgerlicher Freiheit und mit der Natur der Rechte, welche im Civilprozeß in Frage stehen, zu vereinigendes Executionsmittel [157]. Soll es als Strafe des Schuldenmachens und der Weigerung zu zahlen betrachtet werden, so kann eine weise Gesetzgebung die Strafanwendung nicht von dem Willen des Gläubigers abhängig machen, um so weniger, als jede Stra-

---

156) S. auch v. Gönner in den Motiven S. 883.

157) S. auch v. Reibnitz Versuch über das Ideal I. S. 321.

se eine ihrer Größe nach bestimmter seyn muß, dieser Arrest aber Jahrelang [158]) dauern kann, wenn er bis zur Erfüllung dauern soll. Auch ist es zu schwierig, eine wahre Schuld und einen strafbaren bösen Willen des nicht zahlenden Schuldners auszumitteln, so daß nicht selten nur Unglück und Zufall bestraft würden. Wird aber die Haft als ein Executionsmittel betrachtet, so ist sie höchst unzweckmäßig, indem sie dem Verhafteten noch das letzte Mittel raubt in seiner Freiheit sich etwas zu verdienen oder Zahlungsmittel sich zu verschaffen, daher höchstens darauf berechnet seyn kann, die Verwandten und Freunde des Gefangenen zu nöthigen, ihn zu befreien; noch unzweckmäßiger wird das Mittel dadurch, daß der Gläubiger genöthigt ist, den Unterhalt für den Verhafteten vorzuschießen, und bei fortdauernder Zahlungsunfähigkeit entweder consequent der Gefangene lebenslänglich eingesperrt gehalten werden oder zuletzt der Gläubiger, nachdem er unnöthige Kosten gehabt hat, in die Befreiung einwilligen muß. In den meisten Fällen wird nur Leidenschaft und Rache den Gläubiger bewegen, von einem solchen unsicheren Mittel Gebrauch zu machen. Eine abweichende Ansicht erzeugt nur das Wechselinstitut, welches für den Credit des Kaufmanns, das seyn muß, was das Hypothekeninstitut für den Realcredit der übrigen Bürger ist. Hier bedarf es für die kaufmännische Ehre eines Stachels, und Personalarrest wird das einzige Mittel seyn, welches der Kaufmann scheut, nicht wegen des Verlusts der Freiheit, sondern wegen der Folgen, welche nach kaufmännischen Ansichten der erkannte Arrest auf den Credit des Kauf-

158) S. zwar Beschränkungen in der preuß. Gerichtsordn. Tit. XXIV. §. 146.

manns hat. Hier aber nur, wenn das Mittel auf den trassirten Wechsel und die Wechselfähigkeit auf wahre Kaufleute beschränkt wird; mögen staatswirthschaftliche und politische Gründe die Beibehaltung des Arrests rechtfertigen. Dagegen sollte ein leider oft vernachläßigtes Executionsmittel öfter gebraucht werden, das der Immission des Gläubigers, wenn zwar das preußische Gesetz [159]) gegen die Immissionen der Gläubiger für eigene Rechnung sich erklärt, wo denselben das Grundstück zur eigenen Administration und Nutzniessung ohne Pflicht der Rechnungsablage eingeräumt wird, — wenn das Gesetz als Gründe dagegen die Unzuverlässigkeit der Nutzungsanschläge, die vielen Veränderungen im Ertrage der Landgüter und die unvermeidlichen Verkürzungen des Gläubigers oder des Schuldners anführt, wenn dagegen das Gesetz die Sequestration zuläßt, und dem Gläubiger, jedoch wie einem anderen Sequester, die Führung der Wirthschaft gestattet, so kann dies nur die Immission treffen, wo der Gläubiger frei schalten und walten kann ohne Rechnungspflicht, nicht aber die, wo der Gläubiger wie ein anderer Administrator behandelt wird [160]), über die Substanz nicht verfügt und gewissenhaft Rechnung ablegen muß; insbesondere scheint es zweckmässig, die Immissionen als provisorische Maaßregel zu gestatten, wenn dem Schuldner ein Termin zum Selbstverkauf gegeben wird [161]), und dem Schuldner zu erlauben, zur Abwendung der Subhastation, auf

---

159) Gerichtsordn. Tit. XXIV. §. 118.

160) Sehr begünstigt ist die Immission in der Anhalt. Gesetze im Anhang v. 1822 cap. XII. §. 29.

161) Dies schreibt vor die baier. Novelle v. 22. Juli 1819 §. 32.

Immission anzutragen, wenn er durch zuverlässige Urkunden beweisen kann, daß der von allen Lasten freie Ertrag eines Jahres von dem Gute zur Zahlung der Schuld hinreiche [162].

5) Eine vorzügliche Begünstigung verdient die Execution wegen rückständigen liquiden Zinsen, insbesondere von inskribirten Hypothekkapitalien. Es ist ein großer Fehler der Praxis, diese Vollstreckung mit der wegen anderer Geldschulden gleichförmig zu behandeln; — da der Schuldner ein Jahr voraus den Zahlungstermin kannte, und sich Zahlungsmittel verschaffen konnte, so ist eine längere neue Frist völlig zwecklos, und es ist weise, höchstens, wie die baierische Hypothekenordnung es thut [163], auf die gestellte Klage sogleich Termin von acht Tagen setzen zu lassen, nach deren Verlauf, ohne daß eine andere Einrede, als die durch Urkunden auf der Stelle zu beweisende, die Vollstreckung aufhalten kann, die Execution eintritt [164]. Diese schnelle Execution muß jedoch nur auf die Zinsrückstände höchstens der letzten zwei Jahre beschränkt werden.

6) In Ansehung der Execution der Mobilien, ist zwischen der scheinbar schnellen und strengen französischen Executionsweise, und der deutschen langsamen und milden Art zu wählen. Die letzte läßt die

---

162) Dies gestattet die baierische Hypothekenordn. v. 1. Jun. 1822 §. 64.

163) Hypothо. §. 52.

164) Bei den Berathungen (s. Landtagsverhandlungen III. Bd. S. 385 u. IV. Bd. S. 45) wurden zwar Einwendungen gemacht, indem der Landmann leicht zur ungünstigsten Zeit seine Früchte hinschlagen müßte, wenn nur ein so kurzer Termin ihm gegeben wäre.

gepfändeten Mobilien bei Gericht bewahren, und zwar einige Zeit [165]), innerhalb welcher der Schuldner sie noch einlößen kann; in der Zwischenzeit tritt Taxation durch Sachverständige ein; gewöhnlich wird dann die Fahrniß dreimal öffentlich ausgeboten, oder förmlich subhastirt. Mit Unrecht würde man aber glauben, daß die französische Auspfändung kürzer dauerte, und weniger kostspielig als die deutsche wäre; der Fehler ist, daß die meisten Fälle gleichförmig behandelt, und an die nämlichen Termine und Formalitäten gebunden sind; betrachte man einen Fall, in welchem wegen 20 fl. Mobilien zu versteigern sind, so kommen offenbar zu viele unnöthige Formalitäten vor; was soll der Gardien, der in der Zwischenzeit aufzustellen ist, und bezahlt werden muß? warum soll für den unbedeutendsten Gegenstand eine Versteigerung eintreten? wozu der Anschlag an vier oder fünf verschiedenen Orten, so daß der Huissier für jeden abgesondert bezahlt wird? wozu soll in unbedeutenden Fällen die kostspielige Bekanntmachung in den Zeitungen dienen? Dagegen ist auf der anderen Seite dem Huissier wieder zu große Gewalt eingeräumt und eine große Härte begünstigt, indem es nur von ihm abhängt, diese Gegenstände, wie es ihm gefällt, zu pfänden, und bei der Versteigerung die Gegenstände auch um den unbedeutendsten Werth dem Meistbietenden zugeschlagen werden müssen. Es scheint, daß die deutschen wie die französischen Vorschriften darin fehlen, daß sie zu sehr die verschiedenen Fälle gleich behandeln, und gewiß ver-

165) Z. B. in Sachsen 4 Wochen oder 14 Tage. Kori sächs. Prozeß S. 342.

dient die Rücksicht des preussischen Gesetzgebers [166]), Nachahmung in so ferne der Werth des Gepfändeten entscheidet. In allen Fällen, wo das Gepfändete einen gemeinen Marktpreis hat, sollte es keiner Bekanntmachung bedürfen, sondern die Sache soll auf dem öffentlichen Markte wie andere Gegenstände der Art verkauft werden: die Frist für den Verkauf muß verschieden seyn, nach dem Werthe der Sache, auch hängt davon die Zahl und die Art der Bekanntmachungen ab; statt der öffentlichen Anschläge, die Niemand lies't, würde besser öffentliches Ausrufen eintreten, insbesondere bei Gegenständen, die zu den Bedürfnissen des gewöhnlichen Lebens gehören; eine Taxation ist unnöthig, wenn man nicht am Schlusse bei der Versteigerung gestatten wollte, den Zuschlag zu hindern, wenn er unter einem gewissen Preise ist. Sind selten werthvolle Gegenstände gepfändet, z. B. Juwelen oder Dinge, die nicht zu den gewöhnlichen Lebensbedürfnissen gehören, so könnte zweckmäßig das Verfahren wie bei Versteigerung der Immobilien eintreten [167]).

7) Die größte Sorgfalt des Gesetzgebers verdient unfehlber die Subhastation unbeweglicher Güter. Wir haben schon oben den Vorschlag gemacht, die Leitung und Fortsetzung des Verfahrens einem vom Gerichte zu bestellenden Notar zu überlassen; allein es kommen noch mehrere nicht unbedeutende Punkte zur Berücksichtigung vor. a) Es ist fast allgemein gewöhnlich, den sogenannten Mittelpreis, welchen die Taxatoren angaben, bei der Steigerung zum Grunde zu legen, und denselben, wie es heißt pro primo li-

---

166) Gerichtsordn. Tit. 24. §. 78—92.
167) S. auch preuß. Gerichtso. Tit. 24. §. 82.

cito auszurufen; um diesen Preis wird dann, wenn sich Niemand meldete, das Gut dem Gläubiger zugeschlagen. Dies Verfahren verdient keine Empfehlung, weil nach der Erfahrung, wenn die Güter zu hoch aufgeworfen werden, im Steigerungstermine Niemand kömmt oder Niemand bietet, so daß neue Steigerungstermine angesetzt werden müssen, und weil dadurch dem Gläubiger, der das Gut um den taxirten Preis häufig nicht annehmen kann oder mag, ein großer Nachtheil zugeht. Sehr zweckmäßig hat ein nassauisches Gesetz [168]) dies Verfahren aufgehoben und dagegen, mit weiser Berücksichtigung der Erfahrung, nach welcher, wenn mit einem geringen Preise angefangen ist, der Preis durch das Bieten gewöhnlich hoch gesteigert wird, vorgeschrieben, daß von dem taxirten Mittelpreise [169]) der vierte Theil abgezogen und um die übrigen $\frac{3}{4}$ das Gut aufgeworfen werden soll. b) Die Praxis [170]) giebt häufig den Schuldnern ehe zur Steigerung geschritten wird, einen drei bis sechs monatlichen Termin zum Selbstverkauf; und giebt als Grund dafür an, daß der Schuldner unter der Hand leichter einen besseren Käufer findet, als bei der Zwangsversteigerung, und durch theilweise Veräusserung oft Gelegenheit zur Befriedigung des

---

468) Vom 20. Febr. 1751 in der Sammlung der landesh. Edikte u. Verordn. I. Thl. S. 96.

169) Das Gesetz gebietet auch den Taxatoren zu eröffnen, daß sie ihre Rücksicht auf alle Umstände des in Anschlag zu bringenden Guts, auf die Lage der Gebäude, ob sie zur Betreibung bürgerlicher Nahrung bequem gelegen u. A. richten sollen.

170) Das baier. Gesetz v. 22. Jul. 1819 §. 32. bestätigt diese Praxis.

Gläubigers erhält; erwägt man aber, wie die Schuldner nach bekannter Erfahrung dies Mittel mißbrauchen, wie nachtheilig es für den Gläubiger ist, noch sechs Monate warten zu müssen, wie der Schuldner nicht selten mit Freunden Verabredungen trifft, nach welchen am Ende des Termins ein angeblicher Käufer auftritt, und nach langen Unterhandlungen doch zur Subhastation geschritten werden muß, so verdient diese Schonung kaum eine Nachahmung, und könnte höchstens bei großen Gutskomplexen und dann, wenn der Schuldner durch Urkunden die bereits begonnenen Kaufsverhandlungen beweisen könnte, gestattet werden; jedoch immer unbeschadet des Rechts des Creditors Immission zu verlangen. c) Nicht ohne Interesse ist die Frage: ob der exequirten Parthei gestattet werden soll, die Taxation des Gutes anzufechten. Von neueren Gesetzen gestattet dies die kurhessische [171]) und die anhaltische [172]). Wenn zwar der Fall leicht eintreten kann, daß die Rechte des Schuldners durch eine zu geringe Taxation sehr beeinträchtigt werden, um so mehr als die Taxe auf den Zuschlag Einfluß hat, so ist doch vorauszusehen, daß dies Mittel von den Schuldnern sehr mißbraucht werden wird, um so leichter als die Ansichten über Güterwerth sehr schwanken und es dem Schuldner nicht schwer fallen wird, ein Paar ihm günstige Sachverständige aufzustellen. Erwägt man, daß die nachfolgende Versteigerung am besten lehrt, welchen reellen Werth das Gut hat, giebt man der Parthei das Recht, schon zur ersten Wahl der Sachverständigen zu concurriren, wird sie selbst dabei be-

171) Hessen-Cassel. Vero. v. 5. Oct. 1821 §. 2.
172) Anhaltische Erläuterungen zur Prozeßo. cap. XII. §. 31.

günstigt, so bedarf es keiner Vorschrift, welche der Parthei das Anfechtungsrecht der Taxation gewährte, ausser für den Fall, wenn der Schuldner sogleich erweisen könnte, daß die Schätzer bestochen waren. d) Was die Art der Bekanntmachung und die Formen betrifft, so ist es ein großer Fehler, daß für alle Immobilien eine gleiche Form vorgeschrieben und angewendet wird. Es ist völlig nutzlos und nur Zeit- und Kostenraubend, auch die Versteigerung eines Ackers von zwei Morgen in zwei oder drei Zeitungen einrücken zu lassen, weil man voraus sehen kann, daß Niemand aus der Ferne zum Kaufe eines solchen Güterstücks erscheinen wird, und für die einzigen Käufer, nämlich für die Einwohner der nämlichen Gemarkung, es der Zeitung zur Bekanntmachung nicht bedarf. Die baierische Gesetzgebung [137]) liefert hier eine wohl zu beachtende Unterscheidung von geringschätzigen und hochgültigen Gütern, wovon die ersten diejenigen sind, welche auf dem offenen Markte, auf welchem es versteigert werden soll, wegen seiner Brauchbarkeit und des geringen Kaufschillings Käufer finden wird, während zu den zweiten diejenigen gehören, deren hoher Werth die Geldsumme der gewöhnlichen Marktkäufe übersteigt, und deren Brauchbarkeit nicht allgemein, sondern nur für die mit gewissen Eigenschaften versehenen Personen ist; zu den letzten gehören, z. B. adeliche Güter, Fabrikken, große Brauhäuser und große Oekonomiecomplexe. Bei diesen kann nur durch eine ausgedehnte Bekanntmachung in vielen Zeitungen ein hoher Preis erzielt

---

173) S. eine gute Entwickelung in Miltner der baierische Gantprozeß (Landshut 1814) S. 153 u. 166.

werden, und hier mögen dreimalige Bekanntmachungen in angemessenen Terminen vorgeschrieben werden; bei den Gütern der ersten Art aber muß die Bekanntmachung auf die Klasse von Personen berechnet seyn, welche Antheil am Kaufe nehmen werden, und öffentliches Ausrufen in den benachbarten Gemeinden, zwei- oder dreimaliges Anschlagen des Patents an Wirthshaus- und Rathhausthüren von einem Markttag oder Sonntage zum anderen ist viel zweckmäßiger als die theuern und (weil solche Einrückungen oft nicht sogleich erfolgen) verzögerlichen Bekanntmachungen durch Zeitungen. e) Die in manchen Gesetzbüchern [174]) vorkommende Bestimmung eines Termins zwischen dem Tag der Bekanntmachung und der Subhastation (z. B. von zwei Monaten) ist aus dem bisher Angeführten nicht zweckmäßig, weil bei unbedeutenden Gütertheilen eine drei Wochen voraus bestimmte Bekanntmachung völlig genügt, während für große Gutskomplexe kaum eine Frist von vier Monaten hinreicht. f) Eine Hauptfrage bleibt immer: ob bei jedem auch noch so geringen Werthe dem Meistbietenden das Gut zugeschlagen werden, oder bei welchem Werthe dies geschehen soll? Die Erfahrung lehrt, daß sehr häufig durch Wiederholung der Subhastation kein höherer Preis erzielt wird, so daß nur unnöthige Kosten und Zeitverlust entsteht; dagegen ist aber auch bekannt, daß nicht selten ein Steigerungslustiger durch verschiedene Mittel die übrigen von der Steigerung abzuhalten oder in Verbindung mit ihnen einen geringen Preis hervorzubringen weiß; sollte nun um jeden Preis dem Meistbietenden das Gut zugeschlagen werden, so würde der

---

174) Z. B. auch hess. Vero. §. 10. anhaltische §. 33.

Schuldner oft sehr empfindlich verletzt werden können. Die Mittel zur Vermeidung der Härte wären entweder nach dem (durch Erfahrung als unzweckmäßig dargestellten) französischen Vorbilde eine provisorische Versteigerung von der definitiven zu trennen, oder den Zuschlag von der Bedingung abhängig zu machen, wenn innerhalb einer Zeit (z. B. sechs Wochen) vom Schuldner oder einem Gläubiger ein besserer Käufer gestellt wird [175]), oder den Zuschlag dann nur erkennen zu lassen, wenn das Meistgebot einen gewissen Theil der Taxe, z. B. $\frac{3}{4}$ der Taxe [176]) oder $\frac{2}{3}$ [177]) erreicht.

Nach dem erwähnten hessischen Gesetze tritt der Zuschlag im ersten Steigerungstermine nicht ein, wenn nicht das Meistgebot den abgeschätzten Werth erreicht oder Gläubiger und Schuldner den Zuschlag verlangen; im zweiten Steigerungstermin wird zugeschlagen, wenn $\frac{2}{3}$ der Schätzung geboten sind, sonst kömmt es zum dritten Termine, in welchem der Zuschlag immer erfolgt, nur mit dem Zusatz, daß, wenn unter $\frac{1}{2}$ der Schätzung geboten ist, der Schuldner zur Einlösung Frist von zwei bis drei Monaten erhält. Nach baierischen Gesetzen [178]) erfolgt der Zuschlag, wenn das höchste Angebot den vorher gerichtlich herzustellenden Schätzungspreis erreicht; ausserdem kann jeder Betheiligte noch die zweite unter eben dieser Voraussetzung die dritte Steigerung verlan-

175) Dies geschieht z. B. in der fränkischen Executionsordn. v. 26. August 1805 §. 14.

176) Z. B. nach den anhaltischen Gesetzen, s. Anhang cap. 12. §. 35.

177) Hessische Verо. §. 8.

178) Hypothekenordnung §. 64.

gen. — Unfehlbar steht dieser Punkt mit den Grundsätzen über das Einlösungsrecht des Schuldners in Verbindung, wohl mag es zweckmäßig seyn, in der ersten Versteigerung, wenn nicht $\frac{3}{4}$ des geschätzten Preises erzielt werden, den Zuschlag nicht erfolgen zu lassen; dagegen soll die zweite Versteigerung definitiv seyn, weil die Erfahrung lehrt, daß in der Regel das Daseyn geringer Gebote ihren Grund entweder in temporären Verhältnissen der Geldnoth oder augenblicklichen Sinkens des Werths der Güter haben oder durch Collusionen der Steigerer veranlaßt sind; der erste Grund findet keine Abhülfe, wenn auch in zwei Monaten eine neue Steigerung eintritt, weil der Werth der Güter nie so plötzlich wieder steigt; bei dem letzteren Grunde aber kann darauf gerechnet werden, daß auch bei der nächsten Versteigerung der Grund fortdauern wird. Es ist daher die Ansetzung eines neuen Steigerungstermins nur Zeit- und Geldverschwendung; leidet auch der Schuldner durch den geringen Preis einen Schaden, so muß dies als ein unglücklicher Zufall betrachtet werden, der noch geringer ist, als der Nachtheil, welchen die Gläubiger leiden, wenn die Gesetzgebung in allen Fällen mehrfache Steigerungstermine vorschreibt, weil in einigen seltenen Fällen dadurch ein um einige Thaler höherer Preis erzielt werden kann. Rechtfertigen läßt es sich, wenn das Gesetz aber davon, ob im ersten oder zweiten Termin das Meistgebot unter $\frac{3}{4}$tel der Schätzung blieb, die Frist für das Einlösungsrecht des Schuldners abhängig macht, weil dadurch, wenn irgend noch zu helfen war, dem Schuldner geholfen werden kann, ohne daß der Gläubiger dabei litt.

§. VII.

Concursprozeß.

Ohne in die ältesten Ansichten des römischen Rechts über Schuldverfahren eingehen zu müssen, ist es für die Beurtheilung des jetzt noch geltenden deutschen Concursprozesses wichtig, an jenes römische Verfahren zu erinnern, nach welchem der Concurs darin bestand, daß eine Versteigerung des vorhandenen Vermögens des Schuldners nicht wie bei uns um baares Geld, sondern um Prozente der Schuldforderungen gehalten wurde, so daß derjenige, welcher die höchsten Prozente bot, das Vermögen addicirt erhielt, und nun als wahrer successor per universitatem des Gemeinschuldners galt [1]. Die übrigen Creditoren erhielten daher nichts von dem Eigenthum des Schuldners, sondern jeder hatte nur seine vorige auf Prozente herabgesetzte Forderung gegen den Käufer des Vermögens. Der emtor bonorum, als der Meistbietende, der zugleich die Kosten der sacra privata in Anschlag bringen konnte bei seinem Gebote, war in so ausgedehntem Sinne successor Universalis [2], daß er die sacra privata auch übernehmen mußte. [3] In Ansehung des Verfahrens ist gewiß, daß der pretor den Creditoren provisorische Besitzrechte gab, und daß nach einem gewissen Termine [4] die pro-

1) V. Savigny in der Zeitschrift für geschichtl. Rechtswissensch. II. Bd. S. 374.
2) Hasse im Archiv für Civil-Praxis V. Bd. S. 50. 63.
3) Cicero de ligibus II. 19—21 u. v. Savigny in der Zeitschrift S. 377.
4) Gajus Inst. Com. III. 78. IV. 35.

scriptio eintrat, und ein gewählter Magister den Verkauf nach Prozenten leitete [5]. An die Stelle der proscriptio trat schon früh [6]) die missio in bona, obwohl noch nicht ausgemacht ist [7]), ob auch die hypothekarischen Creditoren sich in den römischen Concurs einzulassen hatten, oder sich nur an ihre Pfänder hielten [8]. Eine Art von allgemeinem Concurs, und eine Idee von Gemeinschaft der Creditoren entstand jedoch schon dadurch, daß auch das Gesuch eines einzigen Creditors um Imissio den übrigen, die sich nun blos an den Ersten anzuschließen brauchten, nützte [9]); eine Ediktalzitation der Gläubiger kam freilich noch nicht vor; dagegen wurde ein gehöriges Inventar über das Vermögen errichtet [10]), und ein Curator, oder bei zerstreutem Vermögen, wurden mehrere bestellt [11]). Mehrere Personen hatten durch besondere Vorschriften Separationsrechte erworben, bei dem Concurse eines insolvent verstorbenen Schuldners konnte der Erbe einen gesetzlich begünstigten [12]) Nachlaßvertrag schließen, und Einmischung der Kaiser in Privatverhältnisse suspen-

---

5) Theophilus ad Inst. tit. de success. sublatis.

6) L. 28. D. de reb. auctor Judic. possid. S. auch tit. Inst. de success. sublatis III. 13.

7) S. Schweppe Concursproz. §. 2. Reinhard die Lehre vom Gant u. Gantverfahren S. 60.

8) L. 10. Cod. de bon. auctor jud. poss.

9) L. 12. p. D. de reb. auct. jud. poss. l. 6. §. 7. D. quae in fraud. credit. l. 10. Cod. de bonis auct. jud.

10) L. 15. D. de reb. auct. jud.

11) L. 14 D. de reb. auct. jud. poss. tit. D. de curat. bon. dand. XLII. 7.

12) L. 7. §. 17. D. de pact.

dirte nicht selten durch Moratorien [13]) den Concurs. Am schwierigsten wird es aber, hier den Uebergang von dem römischen Concursprozesse zu dem heutigen nachzuweisen. Vergebens suchen wir im gemeinen Rechte Gesetze, auf welche sich das heutige Verfahren stützte, weder in dem alten deutschen, noch in dem vermittelnden canonischen Rechte, finden wir die Grundlagen unseres heutigen Verfahrens; selbst die Praktiker der geistlichen Gerichte, deren Aussprüche in anderen Lehren so viele Sätze der heutigen Praxis erklären, erklären sich nur selten über ein Verhältniß, welches in der Regel nicht bei den geistlichen Gerichten vorkam, und nur bei einigen Gerichten in Rom sich fand. Gewiß ist aber, daß schon die Glosse zur l. 10 Cod. de bon. auct. jud. und noch mehr zu l. 6 Cod. de remiss. pignor, den spätern Schriftstellern und Praktikern Veranlassung gab, eine Gemeinschaft der Gläubiger unter sich anzunehmen, so daß schon der erste Schriftsteller über Concursprozeß, Salgado de Samoza, die Vorladung aller Creditoren durch Ediktalien als wesentlich vorschreibt [14]), überall davon spricht, daß der ganze Prozeß bei Gericht verhandelt werde, und jede Handlung vom Richter ausgehe [15]), und daß das ganze Vermögen den Gläubigern gemeinschaftlich gehöre, und unter sie ausgetheilt werden müßte. Im deutschen Rechte äußerte sich durchaus die Ansicht, daß die Schuld auf der Person des Schuldners hafte, und daher der insolvente Schuldner zu Hand und

---

13) L. 6. Cod. Theod. de div. rescript. l. 4. D. de preceb. imper. offer.

14) In labyrintho credit. cap. I. N.° 27. und cap. VIII.

15) L. c. cap. XIII.

Halfter übergeben wurde [16]), während in süddeutschen Statuten sich die Sitte bildete, den insolventen Mann, wenn kein Mittel fruchtete, die Gläubiger zufrieden zu stellen, aus der Stadt oder aus dem Lande zu verweisen [17]). Alles Schuldverfahren der alten Zeit bestand nur in Versuchen, für den Schuldner, der häufig nach Statuten in kläglicher Gestalt (um Mitleiden für ihn zu gewinnen) öffentlich am Markttage vorgestellt wurde, Bürgen zu gewinnen, oder die Creditoren zu bewegen, daß sie sich an die Güter hielten und die Person frei ließen, in welchem Falle eine Art von cessio bonorum eintrat [18]), andere Schuldverfahrensarten hatten den Zweck solchen Personen, welche in den nächsten Verhältnissen mit dem Schuldner standen z. B. die Ehefrau, Wohlthaten zu gönnen, um sie von den Nachtheilen des strengen Schuldverfahrens zu retten. Eine Erleichterung in dieser Strenge war es schon, daß einige Statuten [19]) statt des Gebens des Schuldners, zu Halfter und Hand, Einsperren, eintreten ließen [20]). Streitigkeiten bei Gericht über Vorzugsrechte verschiedener Pfandgläubiger kommen schon sehr früh vor [21]); von einem

---

16) Sachsenspiegel III. 39.

17) S. merkw. Nachrichten darüber in Ild. v. Arx. Geschichte des Buchsgau S. 110. Kurz Geschichte des österreich. Handels S. 184.

18) Hasse in der Zeitschrift für geschichtl. Rechtsw. IV. Bd. S. 108.

19) Z. B. Nürnberger Reformat. v. 1564 fol. 68.

20) In Wiener Statuten v. 1340 in Rauch script. III. p. 52. wird der insolvente Mann, der es durch Verschwendung geworden, im Schuldthurm bewahrt.

21) Z. B. im baier. Rechtbuch von 1340 Tit. XVII. Miltner der baier. Gantprozeß S. 38.

Antheil der chirographarischen Gläubiger konnte, nach den Grundsätzen der Publizität und Specialität bei dem alten Pfandsysteme, keine Rede seyn [22]). Für den Fall, wenn mehrere Hypotheken einerlei Datum hatten, sollte nach Statuten [23]) das Gut verkauft, und das erlößte Geld, so weit es reicht, verhältnißmäßig unter die Creditoren vertheilt werden. Die cessio bonorum kömmt schon im XVI. Jahrhundert vor [24]), auch zeigen sich in Statuten schon Spuren des Zusammentreffens aller Creditoren, der hypothekarischen und gemeinen, so daß nach gewisser Ordnung die Creditoren befriedigt wurden, und die gemeinen Gläubiger in den Ueberschuß sich theilten [25]).

Auf ähnliche Art wollen auch andere Statuten [26]) die Austheilung des Erlöses von dem Gute des insolventen Schuldners, nach Vermöglichkeit des Erbs (wie es heißt) und Größe jeder Schuld und Vorgang der älteren Gerechtigkeit pro rata. Am meisten wur-

---

22) S. über die Wormser Reformat. V. Buch Thl. 3. Tit. 13. Eichhorns deutsche Staats- u. Rechtsgesch. III. Thl. S. 411.

23) Freiburger Stat. v. 1520 fol. XLII.

24) Freiburger Stat. l. c. fol. XXXI. B. Landrecht der Markgrafsch. Baden-Baden Tit. XLIV.

25) Merkwürdig ist hier die Bestimmung der Freiburger Stat. v. 1520 fol. XXXI. b. wenn es heißt: »um alsdann us dem übrigen Gut dem Fröner (so heißt jeder Concursgläubiger) nach Marchzahl siner Schuld geben und bezahlen, und nit nach dem einer zum Vordristen an der Frönung stat, wie bishar beschehen, dann dadurch würd einer allein bezahlt un müssen die andern mangeln, das uns mit Bedacht der Billigkeit gemaß sie.«

26) Henneberger Landesordn. v. 1539 Buch III. Tit. 5. cap. 20. §. 2.

den Prioritätsordnungen von der Zeit an nothwendig, als die römischen stillschweigenden und privilegirten Pfandrechte bekannt wurden, und den gemeinen Pfandgläubigern so viele andere vorgingen [27]. Der Gerichtsgebrauch hatte in der Zwischenzeit auch den Executionsprozeß weiter ausgebildet, und den Fall, wenn das ganze Vermögen eines Schuldners angegriffen werden mußte, als eine Art der Vollstreckung betrachtet [28]. Mit Beziehung auf die l. 6 Cod. de remiss. pignor. und die ohnehin in der Praxis ausgebildete Ansicht von der Ediktalzitation, selbst nach der Pflicht des Gerichts, den inskribirten Gläubigern Anzeige von der Pfandsveräusserung zu machen, entstand die Ansicht von der Nothwendigkeit der Ediktalzitation und durch die Idee der Gemeinschaft der erschienenen Gläubiger glaubte man am meisten nach Billigkeit die verschiedenen Interessen vereinigen zu können, während man aus dem römischen Rechte die Bestimmungen über Inventar, Curator u. A. entlehnte und durch Gerichtsgebrauch und Landesgesetze [29]) das jetzt noch übliche Concursverfahren ausbildete, als dessen Hauptgrundsatz der galt: daß von dem Momente der

---

27) Eine solche Prioritätsordnung kömmt in einem alten Augsburger Statutenbuche v. 1540 vor, s. von Huber Abhandl. über die Abweichungen der Augsburgischen Statuten S. 85.

28) Daher kommen die Vorschriften über Concurs in den älteren Prozeßordnungen immer in dem Kapitel von der Execution vor, und das noch jetzt im Süden Deutschlands übliche Wort: Gantprozeß deutet darauf, weil Vergantung überhaupt die öffentliche Versteigerung verpfändeter Sachen hieß.

29) Vollständig ausgebildet ist das System des Concursprozesses schon am Anfang des 17. Jahrhunderts in der baierischen Gerichtsordnung von 1616.

Veranlassung des Concursprozesses an bis zur Vertheilung der Masse unter die Creditoren ein von dem Gerichte geleitetes Verfahren entstehe, in welchem in einem Hauptverfahren statt der vielen Partikularprozesse die Ansprüche aller erschienenen Creditoren verhandelt und die Vermögensmasse berichtigt, verwaltet und versilbert würde, in der Art, daß nach eingetretener Gemeinschaft aller Creditoren Alle ihr Interesse wechselseitig gegen einander geltend machen, und am Ende die Vertheilung der Masse unter sie nach einer gewissen gesetzlichen Rangordnung fordern könnten. Unverkennbar ist keine Art von Prozessen so tief in das öffentliche Wohl eingreifend als der Concursprozeß; eine leichtsinnige oder voreilige Einleitung eines solchen Verfahrens zerstört, wie ein Strafprozeß, den Ruf und die bürgerliche Existenz des Schuldners, der vielleicht noch hätte gerettet werden können; eine aus falschem Mitleiden oder aus Unthätigkeit der Richter hinaus geschobene Eröffnung des Prozesses aber, in Fällen in welchen der Gemeinschuldner sich doch nicht mehr erholen konnte, vermindert die vorhandene Vermögensmasse, entzieht den Gläubigern ihre erworbenen Rechte und ist zwecklos, weil gewöhnlich später doch der Concurs erkannt werden muß. Eine lange Dauer dieser Prozesse aber bereichert nur Richter und Advokaten, entzieht durch die Kosten den Gläubigern große Summen, auf welche sie Anspruch gehabt hätten, bewirkt Unsicherheit des Eigenthums, gewöhnlich Verwahrlosung der Güter und zerstört den Credit, weil Niemand Lust haben wird, Geld auszuleihen, dessen Rückgabe nur mit bedeutenden Abzügen, und nachdem das Geld lange genug todt lag, erwartet werden kann, wenn schon in der Vollstreckung die Einrichtung, nach welcher nur das Gericht alle Handlun-

gen vornimmt, nachtheilig ist, so wird sie es noch mehr hier, wo die Ausdehnung des Vermögens und die in der Zwischenzeit bis zur Vertheilung nothwendige Verwaltung desselben so viele Geschäfte veranlaßt. Wird die Ansicht aufgestellt, daß alles, was im Concursprozesse vorgehe, nur bei Gericht verhandelt werden müsse, so wächst, wie die Erfahrung lehrt, bei dem unbedeutendsten Concurse, ein Berg von Akten an; über jede Veränderung in der Haushaltung, über jeden Verkauf eines kleinen Theils der Concursmasse muß eine Anfrage bei Gericht gemacht, darüber Verhandlung gepflogen und förmlich dekretirt werden. Vorzüglich tritt eine höchst nachtheilige Verzögerung durch eine irrige Ausdehnung der Ansicht von der Gemeinschaft der Creditoren ein. Da jeder einzelne Vorfall im Concurse alle Creditoren berührt, so müssen auch Alle von jeder Anfrage, die nur entfernt auf die Vermögensmasse sich bezieht, in Kenntniß gesetzt werden, und es ist daher etwas in Concursakten sehr gewöhnliches, daß z. B. über die Anfrage des Curators, ob er das Grundstück verpachten, ob er den eingenommenen Zehend theilweise oder ganz versteigern, ob er die auf dem Landgute erzeugten Kälber verkaufen oder großziehen soll, alle Creditoren durch Circulare zusammengerufen werden, worauf nach protokollarischer Verhandlung vom Gerichte dekretirt wird. Erwägt man die dadurch veranlaßten Kosten und den Zeitaufwand, so kann man schwerlich den gemeinrechtlichen Concursprozeß als Muster empfehlen, um so weniger, wenn man betrachtet, wie manche Schriftsteller diesen Prozeß wissenschaftlich behandelten, indem sie immer wieder mit Berufung auf gelehrte Autoritäten, Behauptungen, die von den Vorgängern aufgestellt wurden, wiederholten, ohne selbst

im Leben von der Wirkung der von ihnen verordneten juristischen Rezepte sich überzeugt zu haben, oder aus allgemeinen Grundsätzen von Universalität, Gemeinschaft der Creditoren und dgl. ihre Lehren ableiteten. Viel zweckmäßiger wäre es gewesen, wie schon Martin [30]) angedeutet hatte, durch ein genaues Studium des Gerichtsgebrauchs und der einzelnen Landesgesetze sich vorzubereiten, und wirklich fehlt es nicht an manchen trefflichen Concursordnungen oder doch an einzelnen Einrichtungen in den deutschen Staaten. So enthalten die sächsischen Gesetze viele weise Bestimmungen über Concurs [31]). So hat Lippe [32]) eine eigene Concursordnung. An manchen Orten, z. B. in Hannover [33]), Würtenberg [34]), Kurhessen [35]) und in Mecklenburg [36]) bestehen zwar keine

30) Lehrbuch des gemeinen Prozesses §. 310. Not. a.

31) Prozeßordn. v. 1622 Tit. 41 Gerichtsordn. und Executionsordnung des Herzogs Johann Wilhelm v. 1702 Tit. XXVIII. fürstl. sächs. Altenburg. neue erl. Prozeßordn. cap. XXXVIII. sächs. Bankeruttirmandate v. 1724 u. 1766, s. Biener systema proc. jud. p. II. cap. XII. p. 138 etc.

32) Lippische Concursordn. v. 1779 in der Samml. der Landesverо. II. Thl. S. 688.

33) Nur Osnabrück hat eine vollständige Concursordnung v. 20. Nov. 1777, s. über die übrigen Theile Oesterlei Handbuch des hannöv. Proz. II. Thl. S. 469 ꝛc.

34) Reinhard die Lehre vom Gant- und Gantverfahren S. 179.

35) Von Kurhessen s. Edikte v. 16. Mai 1747 Vero. v. 6. Jul. 1770. Kopp Handb. der hessen-casselischen Vero. II. Thl. S. 404. Gerlach das Concursverf. vorz. bei den Untergerichten Marburg 1818. Wagner Grundzüge der Gerichtsverf. und des Prozeßverf. bei den Untergerichten in Kurhessen, Marburg 1822 S. 159.

36) V. Nettelbladt Bem. über einige Gegenstände des Meklenburg. Concursprozesses, Rostock 1810. Von

allgemeinen Concursordnungen, aber durch einzelne Gesetze und durch Gerichtsgebrauch hat sich dort ein wohl zu beachtendes, freilich vielen Einwendungen noch unterworfenes System ausgebildet. Vorzüglich aber verdient das System des baierischen Concursprozesses [37]) die Berücksichtigung eines jeden gebildeten Juristen, obwohl in neuerer Zeit Einwendungen dagegen erhoben worden sind [38]). Während andere Gesetzgebungen abgesonderte Verhandlungen über die Priorität zulassen, fordert der baierische Concursprozeß strenge die Verbindung der Liquidations- und der Prioritätsverhandlungen. Sobald der Concursprozeß als zulässig erkannt wird, tritt mit den Ediktalien zugleich die Ansetzung der Haupttermine zur Verhandlung ein, wovon ein Termin ad liquidandum ad producendum, der zweite ad excipiendum, der dritte ad concludendum und in wichtigen Fällen ein vierter ad duplicandum anberaumt wird. Die Tage für diese Verhandlungen, ohne daß Verlängerung eintritt, sind voraus in dem nämlichen Circulare bestimmt. Im ersten Termin haben alle Gläubiger zu erscheinen, ihre Ansprüche anzugeben, zugleich sich zu legitimiren, die Beweise ihrer Ansprüche vorzulegen oder anzutreten, und ihre Prioritätsgesuche anzubringen. Im zweiten Termine werden theils von dem Schuldner, theils von den Cre-

---

Nettelbladt Handb. des Meklenburg. Civilproz. (1822) S. 274—374.

37) Cod. judic. bav. v. 1753 cap. XIX. XX. s. Miltner der baierische Gantprozeß in histor. u. theoret. prakt. Rücksicht, Landshut 1814. J. B. Welsch Handb. des baier. Universalconcursprozesses, Erlangen 1819.

38) Weber über das baier. Credit- und Schuldenwesen S. 198.

ditoren alle Exzeptionen vorgebracht, welche gegen Liquidität oder Priorität der Ansprüche gegen den Legitimationspunkt oder die Beweismittel vorzubringen sind. Im dritten Termine replizirt gegen die vorgebrachten Einreden der Creditor und die Uebrigen erklären sich duplicando. Die Beweise werden zwischen den einzelnen Terminen benützt, und ihre Resultate im nächsten Termine vorgelegt. Nach geschlossener Verhandlung wird ein vollständiges Erkenntniß gefällt, in welchem alle Creditoren in die gebührenden Klassen eingereiht werden, so daß über die Priorität keine abgesonderten Verhandlungen zugelassen werden, und die mit ihrer Locirung unzufriedenen Gläubiger nur auf dem Wege der Appellation Abänderung suchen können. Von Partikulargesetzgebungen über Falliment verdient besonders noch die hamburgische neue Fallitenordnung v. 31. August 1731 [39]) eine Berücksichtigung.

Am wichtigsten von allen deutschen Gesetzgebungen wird aber im Concursprozesse die Preußische, welche den großen Vortheil für sich hatte, das System auf eine vollständige und weise Hypothekenverfassung gründen zu können. Dadurch wird schon in so vielen Fällen, in welchen in Ländern, die das römische Pfandsystem anerkennen, wegen der leicht entstehenden Täuschung der Creditoren ein Concurs ausbricht, es gar nicht zum Concurse komme, weil jeder Creditor das leichte Mittel hat, von dem Stande

---

39) S. darüber vorzüglich Hasche Hamburg. Fallitenordn. erläutert 1797 – 1802. Hamburg. Und Bemerkungen über die Fallitenordnung in Büsch theor. prakt. Darstellung der Handlung, I. Thl. S. 434. u. II. Thl. S. 527. und Pichelmair Vorzüge des französ. Gesetzes über Falliment und Bankerutt, S. 178 – 192.

des Vermögens seines Schuldners sich zu überzeugen, weil daher selten so viele leichtgläubige und getäuschte Gläubiger zusammentreffen werden. Auch wenn es zum Concurse kömmt, bildet sich eine einfache Abtheilung unter den Gläubigern. Nur die inskribirten Hypothekarcreditoren können Anspruch auf die Masse des Vermögens machen, welche im Hypothekenbuche als haftend beschrieben war. Der Concurs kann daher durch das Zusammentreffen von so vielen chirographar und gemeinen Gläubiger nicht so verwickelt werden als in andern Ländern; — daher bilden sich auch zwei Massen, 1) die Immobiliarmasse, wohin das vorhandene Immobile mit den currenten Revenüen des Grundstücks gehört [40]), und worauf nur die inskribirten Gläubiger Anspruch machen können. 2) Die gemeine Masse, zu welcher der nach Befriedigung der Hypothekcreditoren verbleibende Ueberrest der Immobiliarmasse und das ganze übrige Vermögen des Schuldners, was nicht unter Immobiliarmasse begriffen war, gehört [41]), worauf nur die übrigen Creditoren Anspruch machen können [42]). Der eigentliche Concursprozeß, welcher eintritt, wenn das gesammte Vermögen nicht zur Befriedigung der andringenden Creditoren hinreicht [43]), muß getrennt werden von dem Liquidationsprozesse [44]), welcher eintritt,

---

40) Preuß. Gerichtso. Tit. 50 §. 489.
41) Gerichtso. Tit. 50 §. 524.
42) Ueber die Sonderung dieser Massen interessante Bemerkungen in den Motiven zu dem baier. Hypothekenentwurf S. 81, v. Aretins Vortrag darüber S. 61, v. Gönner Vorträge über Gesetzgebungsgegenstände S. 142, Weber über das baier. = Credit und Schuldenwesen. S. 100.
43) S. darüber Tit 50 der Gerichtso.
44) Davon Tit. 51 der Gerichtso.

wenn mehrere Creditoren nur an ein bestimmtes Object Ansprüche machen, oder wo die Unzulänglichkeit der Vermögensmasse noch nicht klar ist. Das Gesetz dringt schon weise auf den Versuch der Sühne, und giebt dazu vollständige Anweisungen [45]. Eröffnet wird der Concurs übrigens wie in dem deutschen Prozesse und ein Dekret erlassen, wogegen appellirt werden kann [46]. Es wird von dem Gerichte ein Interims-curator und Contradiktor ernannt, bis die Gläubiger über die definitiv zu ernennenden sich vereinigen [47]; auch hat das Gesetz dafür gesorgt [48], daß nur in Handlungen von erheblicher Präjudiz der Curator die Creditoren zu befragen, und daß nicht alle Gläubiger immer zusammenberufen werden müssen. Selbst bei der Auswahl der richterlichen Personen, z. B. des Decernenten [49]) wird dafür gesorgt, daß Personen gewählt werden, welche die zur umsichtigen Behandlung des einzelnen Concurses nothwendigen Kenntnisse besitzen, z. B. kaufmännische. Alle Gläubiger werden edictaliter vorgeladen [50]. Eine durchgreifende Rücksicht des Gesetzes ist auch, daß nicht für alle Fälle des Concurses gleiche Formalitäten angewendet werden, z. B. über Termine, Zahl der Bekanntmachungen, sondern daß immer nach der Größe der Masse, nach der wahrscheinlichen Zahl der Creditoren die Formalitäten berechnet werden, damit die entstehenden Kosten im Verhältnisse mit der Größe des Gegenstan-

45) Gerichtso. Tit. 50 §. 588 rc.
46) Tit. 50 §. 18, 19.
47) l. c. §. 64—67.
48) l. c. §. 77—80.
49) l. c. §. 94.
50) §. 98.

des stehen [51]). Alle erscheinenden Gläubiger werden in einem sogenannten Connotationsprotokoll mit ihren Forderungen aufgezeichnet [52]), worauf ein Termin zur Verifikation bestimmt wird, an welchem die Gläubiger und der Contradiktor zu erscheinen haben [53]). In diesem Termine begründet jeder Creditor seine Forderung, legt die dazu gehörigen Beweismittel vor, und bestimmt die Stelle im Prioritätsurtheil, auf welche er Anspruch zu machen gedenkt [54]). Ueber jede Forderung wird ein besonderes mit der im Connotationsprotokoll bemerkten Nummer versehenes Protokoll abgehalten. Der Contradiktor und jeder Gläubiger können gegen jeden anderen Gläubiger Einwendungen machen, welche in dem Protokolle bemerkt werden, es wird aber immer darauf gesehen, ob der exzipirende Gläubiger ein Interesse in der Art hat, daß der Liquidant vor ihm ein vorzügliches oder doch ein mit ihm gleiches Recht verlangt. Weise ist dafür gesorgt, daß nicht durch Streitigkeiten von Gläubigern, welche doch nichts aus der Masse, nach dem Stande derselben, erhalten werden, der Prozeß unnöthig aufgehalten werde [55]). Werden vom Contradiktor oder einem interessirten Gläubiger Einwendungen gegen einen Creditor gemacht, so wird die Sache zur besondern Instruktion verwiesen, worauf, wie sonst verhandelt, status causae regulirt und der Beweis geführt wird [56]). In der Regel erfolgt die Vorle-

---

51) S. §. 107—113, hier wird vorgeschrieben was eintreten muß, wenn die Aktiomasse über 200 Thlr. oder über 1000 Thlr. beträgt.
52) G. O. §. 118.
53) §. 119.
54) §. 121.
55) Gerichtso. l. c. §. 129—130.
56) §. 131. 132.

gung der Akten zur Abfassung des Liquidations- und Prioritätsurtheils nicht eher, bis sämmtliche Posten durch Geständniß oder Instruktion zum Spruche reif sind; jedoch kann ausnahmsweise, z. B. wenn die meisten Forderungen genugsam instruirt sind und die Instruktion der noch übrigen weit aussehend wird, das Urtheil gefällt werden [57]. Das Gericht fällt ein vollständiges Classifikationsurtheil [58], wogegen der Contradiktor und jeder Gläubiger appelliren kann [59]. In Ansehung der Ausmittelung und der Constituirung der Masse, zeichnen sich die ertheilten gesetzlichen Vorschriften nicht blos durch Vollständigkeit und Zweckmäßigkeit, sondern durch eine weise Unterscheidung der verschiedenen Fälle aus [60], z. B. ob der Gemeinschuldner ein Kaufmann, Fabrikant, Oekonom und A. ist, weil nur dadurch es möglich ist, die Vermögensbehandlung auf eine dem Bedürfnisse des einzelnen Falles wirklich entsprechende Weise zu leiten, während sonst der Schlendrian der Geschäftsbehandlung, der alles über einen Leisten schlägt, mit nutzlosen Formalitäten Zeit und Geld verschwendet. Auch muß noch als weise Bestimmung die anerkannt werden, daß die Distribution der Revenuen nicht, wie es an so vielen Orten geschieht, unterbleibt, und alles auf eine Masse zusammen geworfen wird, sondern daß sie in Preußen jährlich nach dem Schlusse des Wirthschaftsjahrs zur Tilgung der Zinsen der eingetragenen Creditoren geschieht [61].

57) §. 138.
58) §. 143.
59) §. 169.
60) Gerichtso. Tit. 50 §. 194—266.
61) Gerichtso. l. c. §. 493—504.

Die lauten Klagen über die lange Dauer und die Kostspieligkeit der Concursprozesse in Ländern, in welchen das System des gemeinen Prozesses galt, haben aber auch in den letzten Jahrzehnden manche der Berücksichtigung wohl würdige neue Partikulargesetzgebungen in Concurssachen veranlaßt. Dahin gehören 1) die Nassauische [62]) Verordnung vom 5. Juni 1816, die besonders dadurch merkwürdig ist, daß alle Concurse vom Hofgerichte erkannt werden sollen, daß für die gewöhnlichen Concurse kein Contradiktor gefordert wird, daß kein certamen de prioritate in einfachen Concursen zugelassen wird, indem der Richter ex officio die Priorität bestimmen werde, und daß auf keinen Fall schriftlich über Priorität verhandelt werden darf. Nach einer Kurhessischen Verordnung [63]) werden dadurch Abkürzungen zu erzielen gesucht, daß die Versteigerungen beschleunigt, die Liquidationsprotokolle strenge abgesondert werden sollen; der Richter soll nach der Liquidation einen Entwurf machen, worin er alle Creditoren classifizirt; der Entwurf soll angeheftet und mit Vorladung der Creditoren ein Termin angesetzt werden, in welchem die Creditoren ihre Beweisstücke für ihre behaupteten Vorzüge beibringen, worauf erst Verhandlung erfolgt. — Die Würtenbergische Gesetzgebung [64]) verlangt die Erkennung der Concurse durch das Oberamtsgericht, überläßt dem Gemeinderathe und der Ortsobrigkeit einen Einfluß auf die Leitung, in so ferne als der Verkauf der Gegen-

---

62) In der Sammlung der Vero. II. Thl. S. 67.

63) Für Fulda v. 28. Dec. 1816, in der Gesetzsamml. v. 1816 Nro. 19.

64) Edikt vom 31. Dec. 1818 §. 160—183.

stände der letzteren obliegt; überall wird im Verfahren unterschieden, ob die Activmasse 500 fl. beträgt oder nicht; der Gerichtsnotar mit Zuziehung des Ortsvorstehers und zweier Gemeindeglieder behandeln die Concurse bis über 500 fl.; in der Liquidationshandlung wird vollständig über Legitimation, Liquidität und Priorität verhandelt; die Sühne muß überall versucht werden; der Oberamtsrichter entwirft das Prioritätserkenntniß, trägt es dem Gerichte vor; — wo es möglich ist, wird sogleich die Gantverweisung als die eigentliche Vertheilung der Masse unter die Creditoren sogleich mit dem Prioritätsurtheil eröffnet, wogegen Rechtsmittel ergriffen werden können. Eine neue Würtenbergische Verordnung [65]) gestattet auch bei einfachen Concursprozessen die Uebergabe schriftlicher Rezesse zu den Akten; zur Fällung des Urtheils werden mehr Beisitzer als bisher verlangt; in schwierigen Fällen kann auch ein Contradiktor ernannt werden; eben so ein Ausschuß von Creditoren, der die Gesammtheit der Gläubiger zu vertreten hat. — Die Baierische Novelle [66]) gestattet Einreichung schriftlicher Rezesse in den Terminen, schließt Advokaten von der Massecuratel aus, und gebietet einen Creditorenausschuß zu wählen, mildert aber die Strenge des ältern Gesetzes in Ansehung des Legitimationspunkts, und vereinfacht die Formalitäten der Versteigerung. Reich an wichtigen Bestimmungen für den Concurs, ist auch die neue baierische Hypothekenordnung [67]) theils wegen der

---

65) v. 15. Sept. 1822 §. 29—33.

66) v. 22. Julius 1819 §. 34—37 v. Gönners Comentar hiezu S. 437 ꝛc.

67) v. 1. Junius 1822.

nach der Hypothekenverfassung nothwendigen Trennung der Massen, theils wegen der Vereinfachung des Verfahrens zur Realisirung der Hypotheken [68]), theils wegen der Möglichkeit durch Benützung des Hypothekenbuchs [69]) dem eröffneten Concurse eine sichere Grundlage zu geben, theils wegen der höchst umsichtig entworfenen Prioritätsordnung und der Classifikation der Creditoren [70]). Dieser wohlthätige Einfluß einer Hypothekenverfassung auf Concurs ist auch in der Mecklenburgischen Gesetzgebung wegen der neuen Hypothekenordnung v. 12. Nov. 1819 ersichtlich [71]), vollständige neue Concursordnungen sind die Oldenburgische [72]), die von St. Gallen [73]), eine Anhaltische [74]), und die für den Canton Tessin [75]). Die letzte nähert sich mehr dem französischen Prozesse, nur mit dem Unterschiede, daß sie mehr dem Grundsatze der Universalität folgt. Die übrigen sind auf dem System des gemeinrechtlichen Concurses mit Verhandlung des ganzen Verfahrens bei Gericht gebaut. Ihre genaueren Vorschriften sollen unten bei den einzelnen Fragen geprüft werden.

---

68) §. 59—70.

69) §. 118.

70) Prioritätsordnung vom 1. Jun. 1822.

71) S. daher v. Nettelbladt in seiner Ausgabe des Mecklenburg. Civilproz. S. 276—347, verglichen mit v. Kamptz Mecklenburg. Civilproz. S. 260—305.

72) v. 11. Oktober 1814.

73) v. 23. Juni 1820 in der Samml. der Dekrete und Beschlüsse des Raths in St. Gallen S. 377.

74) v. 10. Jul. 1822 in dem Anhang cap. VII. zu der Prozeßordn. in Gesetzsammlung v. 1822 Nro. XXII.

75) Codice di procedura civile v. 1821 libro VI. Tit. II. Art. 623.

Ganz eigenthümlich und vielfach zu wichtigen Fragen aufregend ist das französische System über Concursprozeß. Der französ. Prozeß kennt kein Concursverfahren im deutschen Sinne in der Art, daß über das Vermögen eines jeden insolventen Schuldners auf Andringen der Creditoren mit Ediktalzitation der Gläubiger bei Gericht ein Verfahren eröffnet und fortgesetzt würde. Ein dem deutschen am meisten sich näherndes Verfahren tritt nur gegen den insolventen Kaufmann ein. Schon nach der ordonnance de commerce von 1673 [76]) wurde ein Verfahren wegen *faillite ou banqueroutte* eingeleitet, wobei die Jurisprudenz beide Ausdrücke scharf unterschied [77]), und den ersten auf den Kaufmann beschränkte, der seine Zahlungen wegen Unglücksfälle, jedoch ohne erweisliche Verschuldungen, einstellte, während banqueroutt die Zahlungsfähigkeit desjenigen bezeichnete, welcher durch eigene Schuld in diesen Zustand gerathen war. Die Strenge des Gesetzes [78]) wurde häufig durch die leicht vom Könige zu erhaltenden lettres de répit, oder die vom Tribunale ausgewirkten défenses générales gemildert. In der Revolution fehlte es nicht an häufigen und einflußreichen Fallimenten, wohl aber an zweckmäßigen Gesetzen, und 1806 glaubte man durch strenge Gesetze vorbeugen zu müssen; die zu Gutachten aufgeforderten Handelskammern erklärten sich jedoch dagegen, vorzüglich gegen den Gesetzes-

---

76) Tit. XIII.

77) Nouveau Commentaire sur l'ordonnance de 1673 par M*** (Paris 1761) vol. II. p. 181.

78) Darstellung desselben in Tousse Comment. sur l'ordonnance de com. p. 183 etc. Vincens exposition raisonnée de la législation commerciale (Paris 1821) I. vol. p. 389—394.

vorschlag, daß jedes Falliment als ein betrügliches präsumirt und auf criminellem Wege verfolgt werden sollte. Unter den Gutachten schien insbesondere das von Genua [79]) einen Einfluß auf die nachfolgende Gesetzgebung erhalten zu haben, und ein am 12. Sept. 1807 dekretirtes Gesetz [80]) war die Folge der gemilderten Ansichten der Gesetzgeber. Im Sinne des Code kann nur der Kaufmann (das Wort commerçant in der ganzen durch Jurisprudenz begründeten Ausdehnung [81]) genommen) en faillite fallen, der Nichtkaufmann fällt nur als insolvent, en deconfiture, so daß die Grundsätze vom Verfahren bei dem Falliment auf ihn nicht anwendbar sind [82]); daher gegen den zahlungsunfähigen Kaufmann nur auf dem Wege der gewöhnlichen Execution verfahren wird, so daß die Vereinigung der Creditoren des Nichtkaufmanns nur freiwillig ist, und die Majorität in Ansehung des Concordats für die Uebrigen keine verbindliche Kraft hat; daher sind nicht, wie bei dem Kaufmann, die in den letzten zehn Tagen vor dem Anfange der deconfiture errichteten Hypotheken null. Ein wahres Falliment [83]) nimmt der Code nur an bei dem Kaufmann, der seine Zahlungen einstellt [84]). Jeder solche Schuldner muß

---

79) S. in Vincens exposition t. I. p. 397—404.

80) Es bildet im Code de Commerce das III. Buch. Art. 437—614.

81) Code de Comm. Art. 1, und unten Not. 126.

82) S. vorz. arrêt. v. Cassationshof v. 11. Februar 1812, in Sirey recueil t. XIII. p. I. p. 124 u. Vincens exposition vol. I. p. 535.

83) S. darüber Pardessus Cours de Commerce t. III. p. 201 Vincens exposition t. I. p. 382.

84) Code Art. 437. Pardessus t. III. p. 204—13 Vincens p. 410.

binnen drei Tagen dies dem Gerichte anzeigen, widrigenfalls er als einfacher Bankeruttirer [85]) behandelt werden kann. Bei unterlassener Selbstanzeige kann das Tribunal auf das Ansuchen eines Creditors oder ex officio auf Notorietät einschreiten [86]). Der Gantirer wird in dem Schuldthurm verwahrt oder unter Aufsicht einer Wache gesetzt [87]). Das Handelsgericht veranlaßt die Anlegung der Siegel an das Vermögen des Schuldners und eröffnet den Concurs durch Urtheil [88]). Von da an kömmt der Schuldner ipso jure aus der Verwaltung seines Vermögens, alle Acte in fraudem creditorem sind nichtig, und alle seine Verfügungen, die er in den letzten zehn Tagen vor der Eröffnung des Falliments machte, sind null [89]). Das Eröffnungsurtheil wird öffentlich angeschlagen und durch Zeitungen bekannt gemacht [90]). Das Tribunal ernennt aus seiner Mitte einen Commissär für die Leitung des Verfahrens und mehrere Agenten, welche unter Aufsicht des Commissärs den Stand des Vermögens recherchiren, Bücher untersuchen, Gelder beitreiben und Zahlungen empfangen [91]). Nun wird von dem Schuldner, dem Commissär und den Agenten die Vermögensbilanz hergestellt [92]), nach deren Fertigung der Commissär alle ihm bekannten Gläubi-

---

85) Art. 587 als solcher leidet er correktioneller Strafe.
86) Art. 449.
87) Art. 455.
88) Art. 441.
89) Art. 443—7 s. interessante Controversen im Archiv für Civil- und Criminalrecht in Rheinpreußen v. Sandt und Hauf. III. Thl. S. 37, 45.
90) Code Art. 457.
91) Code Art. 454 u. 462—69.
92) Code 470—75.

ger öffentlich zusammen ruft [93]), obwohl er auch nach Umständen schon vor der Bilanz die Creditoren vorladen kann. Die an einem bestimmten Tage erscheinenden Gläubiger haben vorerst eine Liste von provisorisch zu ernennenden Syndics (ihrem Geschäfte nach sind diese Syndics Curatores massae) zu übergeben, worauf das Gericht den Syndik wirklich bestimmt, die Geschäfte der Agenten hören nun auf [94]), und die Syndiks treten ihr Amt an, schreiten zum Inventar über das Vermögen [95]), und stellen auf ähnliche Art, wie deutsche Curatoren, die Masse her. Mit der Ernennung der Syndiks kann die zweite Periode des französischen Concursprozesses als beginnend angenommen werden, und es kömmt nun zur Verifikation der einzelnen Forderungen; der Syndik ladet alle Creditoren öffentlich und durch Privatschreiben vor, binnen vierzig Tagen in Person oder durch Bevollmächtigte vor ihm zu erscheinen [96]), den Grund der Forderung, die Summe, Titel und Beweisstücke vorzulegen. Der aufgestellte Commissär ist dabei gegenwärtig und hält das Protokoll ab. Vierzehn Tage darauf erfolgt die wirkliche Verifikation, bei welcher zwischen den Syndiks und den Gläubigern verhandelt wird, so daß jeder Creditor gegen den andern Einreden vorbringen kann [97]). Ist die Forderung nicht bestritten, so wird es sogleich auf der Urkunde des Creditors bemerkt; wurden Einwendungen gemacht, so verordnet der Commissär die Hinterlegung der Beweisstücke in der

---

93) 476, 77.
94) Art. 481.
95) 486 Vincens t. I. 1. p. 426.
96) Code Art. 502. Vincens t. I. 1. p. 428.
97) Art. 504.

Canzlei des Handelstribunals, vor welches nun die Forderung zur Entscheidung gebracht wird. Jeder Creditor muß noch eidlich die Richtigkeit seiner Forderung betheuern [98]. Die Creditoren, deren Forderungen verifizirt worden sind, bilden nun eine engere Vereinigung und versammeln sich wieder; zwischen ihnen wird nun ein Vergleich (concordat) versucht [99], kömmt das Concordat zu Stande, so ist der Gantirer wieder so frei, als wenn er nie fallirt hätte [100]. Das Handelstribunal muß aber den Vergleich bestätigen [101]. Kam kein Concordat zu Stande, so beginnt eine neue Periode im Verfahren; die Creditoren werden wieder zusammen gerufen und schliessen nun einen Vereinigungsvertrag unter sich [102]; ernennen Definitivcuratoren, und einen Kassier; diese neuen Curatoren repräsentiren die Masse der Gläubiger, und schreiten zur Veräusserung des Vermögens [103]. Die Zahlung an die Creditoren geschieht nicht auf einmal. Die Curatoren übergeben monatlich dem Commissär einen État über die Lage des Prozesses und über die vorhandenen Gelder, worauf der Commissär die Vertheilung und die Summe bestimmt [104]. Die Vertheilung selbst geschieht nach den gesetzlichen Privilegien der Creditoren. Entsteht Streit darüber, z. B. über

---

98) Art. 507.

99) Art. 519 entscheidet, daß dieser Vergleich nicht versucht werden dürfe, bis alle bisher genannten Formalitäten erfüllt sind. S. Vincens t. I. p. 434.

100) Vincens 1. p. 439.

101) t. I. 523.

102) Code Art. 527. Vincens l. p. 442.

103) t. I. 528. Vincens p. 444. Pardessus Cours III. p. 391.

104) Art. 558.

die Collocation, so wird Opposition eingelegt, und die Sache kömmt zur Entscheidung an das Tribunal [105]. Die Austheilung geschieht besonders noch mit Rücksicht auf Immobiliar- und Mobiliarmasse und auf die hypothekarischen Creditoren [106]. Die Rechte der Vindicanten [107] und der Ehefrauen [108] sind genau durch das Gesetz bestimmt. Im Zusammenhange mit dem Concurse steht auch die gesetzlich bewilligte Wohlthat der Güterabtretung [109], sie wird wichtig, um den Schuldner von der persönlichen Haft zu befreien, entledigt ihn aber seiner Verpflichtungen nur so weit als der Werth der abgetretenen Güter reicht, daher der Schuldner, wenn er wieder zu Vermögen kömmt, für das Uebrige haften muß. Auch ist merkwürdig, daß das Gesetz [110] dem Kaufmanne während des Concurses eine dem insolventen Nichtkaufmanne nicht gestattete Wohlthat giebt, nämlich die, daß der Gantirer, wenn keine Anzeigen von Bankerutt da sind, aus der Masse eine Unterstützung fordern kann.

Bei jedem Nichtkaufmann dagegen behandelt der französische Prozeß den Zustand der Insolvenz wie eine andere Execution des Urtheils, und gestattet nur, wenn ein Gläubiger seine Rechte verfolgt, den Uebrigen sich an ihn anzuschließen. Die Ansicht von diesem Concurse hängt mit zwei Grundeinrichtungen der französischen Gesetzgebung zusammen: 1) mit dem Hypothekensysteme, 2) mit der Gerichtsverfassung und

105) Pardessus III. p. 403.
106) Art. 539 Pardessus III. p. 408 etc.
107) Art. 576 Pardessus III. p. 416.
108) Art. 544.
109) Code civil art. 1265. Vincens cap. I. P. 556. Toullier droit civil tom. VII. p. 250.
110) Code de commerce art. 530.

dem Grundsatze derselben, nach welchem das Gericht nur die Pflicht der Subsumtion streitiger Thatsachen unter das Gesetz hat, und weder mit Geschäften der Urtheilsvollstreckung, so lange nicht ein streitiger Inzidentpunkt entsteht, noch mit der freiwilligen Gerichtsbarkeit beschäftigt ist, während im gemeinen deutschen Prozesse wegen des Mangels von Hypothekenbüchern alle Creditoren zusammen kommen müssen, um über ihre Ranzordnung zu streiten, während aus dem Gesammtvermögen des Schuldners nur eine Gantmasse entsteht, wird da, wo Hypothekenbücher bestehen, die Scheidung der Immobiliarmasse und der gemeinen Masse auf ähnliche Art, wie in Preußen, entstehen müssen. Der französische Prozeß trennt darnach bei der Execution zwei Hauptfälle: 1) die Vertheilung des Erlöses aus Immobilien unter die inskribirten Hypothekargläubiger nach dem Range und dem Datum der Inskription, so daß die später Inskribirten nichts erhalten, wenn der Erlös nicht hinreicht. Das Gesetz nennt dies Verfahren ordre [111]. 2) Die Vertheilung des Erlöses der versteigerten Mobilien unter die Gläubiger nach Verhältniß der Forderung eines jeden, in der Art, daß bei Unzulänglichkeit der Summe zur Befriedigung Aller, jeder Creditor zu dem Verluste verhältnißmäßig nach dem Betrage seiner Forderung beiträgt [112], während einige gesetzlich Privilegirte nicht diesen Verlust zu leiden brauchen [113]. Dies Verfahren heißt im Gesetze distribution par contribution [114].

---

111) Code de procédure art. 749.

112) Wenn z. B. der Betrag des Erlöses der Mobilien nur die Hälfte der Totalsumme aller Forderungen enthält, so würde jeder Gläubiger auch nur die Hälfte seiner Forderung ausbezahlt erhalten.

113) Code civil art. 2101. 2.

114) Code de proc. art. 656.

Für die erste Art (ordre) gab es vor der Revolution gar kein allgemeines Gesetz, und nur das im Chatelet zu Paris übliche Verfahren wurde von den Redaktoren des jetzigen Gesetzbuchs zum Muster genommen und dem bestehenden Hypothekensysteme angepaßt. Auch für das zweite Verfahren existirte kein Gesetz, sondern nur Gerichtsgebrauch, welchem die Redaktoren folgten [115]. Bei der ordre erfolgt keine Ediktalzitation an die Creditoren [116]; die sich freiwillig Meldenden können ihre Ansprüche geltend machen; binnen Monatsfrist von der Adjudikation des Guts an müssen sich nun die Creditoren über die Vertheilung des Preises vereinigen. Können sie es nicht, so wird von der thätigsten Parthei, d. h. dem Gläubiger, der am meisten Interesse hat die Sache zu betreiben, um Ernennung eines Gerichtscommissärs nachgesucht, vor welchem über die Lokation verhandelt werden soll [117]. Der ernannte Commissär fordert die Gläubiger auf, ihre Schuldurkunden und ihr Gesuch um Lokation vorzulegen, worauf, nach geschehener Produktion, der Commissär einen Plan der Lokation der Creditoren zu Protokoll entwirft, der betreibende Gläubiger fordert die Uebrigen auf, Einsicht von dem Plane zu nehmen und ihre etwaigen Einwendungen dagegen abzugeben [118]. Die nach geschehenen Aufforderungen Ausbleibenden werden präkludirt. Entsteht Streit, so verweißt der Com-

---

115) Exposé des motifs du Code de procédure civile (Paris 1807) p. 81.

116) Nur im Art 695 Code de proc. liegt ein freilich unzureichendes Surrogat.

117) Code art. 750. Berriat St. Prix Cours de proc. civile p. 535. Carré traité et questions t. II. p. 361 etc.

118) Art. 755.

missär die Streitenden an das Tribunal, und bestimmt nur die Forderungen derjenigen Gläubiger, welche älter als die bestrittenen sind; entsteht kein Streit, so wird die Lokation abgeschlossen, Kosten werden berechnet, die Ausbleibenden werden präkludirt, die Erschienenen aber erhalten ihre Certifikate über die Lokation [119]. Die Creditoren, welche den bestrittenen Forderungen nach der Ordnung nachstehen, müssen nun über die Wahl eines gemeinschaftlichen Sachwalters, der sie vertritt, sich vereinigen; die Sache kömmt jetzt an das Tribunal, welches zwischen dem bestrittenen Gläubiger und dem Nachfolgenden entscheidet, wogegen binnen zehn Tagen Appellation Statt findet [120]. Nach rechtskräftigem Urtheile schließt der Commissär seine Lokation der bestrittenen und der postlocirten Gläubiger unbedingt ab. Die locirten Creditoren erhalten ihre Certifikate, auf deren Grund die Gelder bezahlt und die Hypotheken gelöscht werden [121].

Bei der Vertheilung des Erlöses der Mobilien [122] haben vorerst die Creditoren sich zu vereinigen; geschieht dies nicht, so wird vom Gerichte ein Commissär ernannt, welcher die Creditoren auffordert binnen gewisser Frist ihre Beweisurkunden zu produziren, wogegen der Schuldner Einwendungen machen kann. Der Commissär entwirft hierauf den Distributionsbescheid, zu dessen Einsicht die Gläubiger von dem thätigsten Creditor vorgeladen werden. Tritt kein Streit unter ihnen über den Bescheid ein, so wird zur Ver-

---

119) Code art. 759.
120) Art. 760—64.
121) Art. 767—73.
122) Code art. 656. Berriat St. Prix p. 490. Carré traité II. p. 245.

theilung der Gelder geschritten [123]). Entsteht Streit, so werden die Streitenden an das Tribunal gewiesen; der Gerichtskommissär erstattet in der Gerichtssitzung seinen Vortrag, und das Gericht entscheidet nach angehörten Conclusionen der Staatsbehörde [124]). Die Appellation dagegen muß binnen zehn Tagen erfolgen. Nach rechtskräftigem Urtheile wird die Lokation definitiv gemacht, worauf die Zahlungsbefehle erfolgen [125]).

Wenden wir uns nun zur Untersuchung der einzelnen, in Bezug auf Concurs vorkommenden Fragen, so verdient vorerst die Frage eine Beantwortung: ob das universelle Concursverfahren nur, wie es im französischen Prozesse geschehen ist, auf Kaufleute eingeschränkt oder nach dem deutschen Prozesse bei jeder insolventen Person erkannt werden könne. In neuerer Zeit hat die französ. Ansicht an Goßler [126]) einen Vertheidiger gefunden, während Engelhard [127]) das gemeinrechtliche Concursverfahren ohne Beschränkung auf Kaufleute für nothwendig hält, und das dem französischen Prozesse nachgebildete Gesetzbuch für den Canton Tessin [128]) nimmt einen allgemeinen Concurs bei allen insolventen Personen an. Es bedarf kaum einer Erwähnung, daß auch die Redaktoren des Code die beschränkende Ansicht vom Falliment nur deswegen aufstellten, weil sie dieselbe in der älteren Ordonnance von 1673 so begründet fanden, und bei Nichtkaufleuten keine älteren Gesetze hatten, welche ein Concursverfahreu kannten. Auch muß er-

123) Code art. 665.
124) 669.
125) Art. 670. 71.
126) In den jurid. Miscellen (Berlin 1810) I. Heft S. 26. rc.
127) In dem Entwurf einer verbesserten Gesetzgebung für bürgerl. Rechtsstreitigk. S. 205.
128) Codice di procedura art. 625.

wähnt werden, daß das französ. Recht den Ausdruck: commerçant in einem viel weiteren Sinne nimmt, als das deutsche Wort: Kaufmann enthält, durch diese Ausdehnung also manchen Nachtheilen vorbeugt. Erwägt man jedoch 1) wie streitig gerade in der Anwendung der Ausdruck: commerçant ist [129]), wie man in der Jurisprudenz durch die gezwungensten Wendungen die Fehler des Code in Hinsicht der Genauigkeit des Ausdrucks zu heilen versucht hat [130]), so mag schwerlich ein Heil erwartet werden, wenn man den französischen Ausdruck beibehalten wollte. Wer z. B. mageres Vieh einkauft, um es fett zu machen, und später wieder verkauft, ist nicht commerçant, weil, wie das Arrêt sagt, seine Arbeit zu den landwirthschaftlichen Beschäftigungen gehört. Der Pferdeverleiher dagegen ist commerçant, und selbst der Unternehmer einer Erziehungspension wurde in einem Urtheile [131]) als commerçant betrachtet, weil er Lebensmittel aufkauft und seinen Eleven wieder verkauft. Was soll heraus kommen, wenn man nach solchen streitigen Unterscheidungen die Zulässigkeit eines Concursprozesses bestimmen wollte? 2) Geht man aber auch auf den Grund zurück, aus welchem nur bei commerçants das Gesetz ein Falliment annimmt, so liegt er in der Ansicht, daß solche Personen wegen ihrer ausgedehnten Geschäfte

---

129) Der Art. 1. Code de commerce nennt commerçans ceux qui exercent des actes de commerce et en font leur profession habituelle. Die Art. 631. 632. sollen bestimmen, was als acte de commerce gelten.

130) S. Locré esprit du Code de commerce tom. VIII. p. 235. Pardessus cours t. I. p. 4 — 16. Vincens exposition t. I. p. 118. etc.

131) Von Paris 26. Nov. 1807. Die späteren arrêts nehmen jedoch ihn nicht als commerçant an. Sirey recueil. vol. XVI p. II. p. 85.

gewöhnlich einen größeren Credit genießen, als ihrem Vermögen angemessen war, daß sie mit vielen Gläubigern sich eingelassen haben, und daß der Natur des Geschäfts nach auch nicht hypothekarische Creditoren vorkommen; allein diese Rücksichten treten nicht blos bei den Kaufleuten, sondern auch bei anderen Personen ein, welche nicht als commerçants gelten. Wer mag läugnen, daß ein großer Gutsbesitzer, ein reicher Partikulier, welcher mit Staatspapieren Handel treibt, ohne jedoch als commerçant zu gelten, oder welcher Steigerungsprotokolle aufkauft, einen größeren Credit und ausgedehntere Geschäfte habe als ein Krämer oder ein Pferdeverleiher? Und doch sollten die Gläubiger der Letzteren mehr als die Ersten begünstigt seyn? 3) Die Nothwendigkeit einer Ediktalladung aller Gläubiger leuchtet noch mehr ein, wenn man berücksichtigt, welche Nachtheile alle entfernten Gläubiger leiden können, so bald ein einziger dem Schuldner nahe wohnender die Execution betreibt. Die Anzeige der Subhastation an die Hypothekgläubiger kann nicht genügen, weil noch so viele andere Creditoren vorkommen, welche der Natur ihrer Geschäfte nach keine Hypotheken bestellt erhalten, und doch Begünstigung verdienen. Wenn wir darnach für die Ausdehnung eines universellen Concurses auf alle Personen stimmen würden, so tritt eine andere Rücksicht ein, welche es wichtig macht, einen Unterschied zwischen Kaufleuten und Nichtkaufleuten anzunehmen, wenn von der Eröffnung des Concurses die Frage ist. Die preußische Gerichtsordnung [132]) hat auch hier wieder auf richtige legislative Gesichtspunkte hingewiesen. Sobald der Gemeinschuldner ein Kaufmann ist oder ein Gewerbe getrieben hat, welches ihn mit auswärtigen Gläubi-

---

132) Tit. 50. §. 4. 5.

gern ausserhalb seines gewöhnlichen Wohnorts wahrscheinlicher Weise in Verbindung gesetzt haben kann, soll der Richter ohne Antrag eines Creditors und von Amts wegen zur Concurseröffnung schreiten, a) wenn der Schuldner sein Unvermögen selbst anzeigt und zur Güterabtretung sich erbietet; b) wenn der hinterlassene Erbe des Gemeinschuldners der Erbschaft entsagt; c) wenn die Erben unbekannt sind, und aus dem aufgenommenen Inventario die Insolvenz hervorgeht; d) wenn der Schuldner sich entfernt hat, ohne Jemanden mit der nöthigen Vollmacht zurück zu lassen, und wenn bei einem Beschlage auf das Vermögen sich die Insolvenz zeigt. Bei anderen als den oben bezeichneten Personen muß der Richter in diesen vier Fällen den Concurs eröffnen, wenn auch nur ein Gläubiger darauf anträgt. Auch v. Reibnitz [133]) erklärt sich für diese Ansicht, und glaubt, daß bei dem Kaufmann eine augenblickliche Unfähigkeit, gutwillig zu zahlen, eben so angesehen werden müsse, als bei anderen Staatsbürgern ein fortdauerndes Unvermögen, und er verlangt nur, daß auch bei dem Kaufmann der Antrag eines Gläubigers immer abgewartet werden müsse. Am zweckmäßigsten scheint es, wenn zwar der Concurs noch nicht eröffnet, aber doch der Richter verpflichtet wird, den bekannten Creditoren das Verhältniß anzuzeigen und durch öffentliche Vorladung bekannt zu machen, während bei Nichtkaufleuten erst der freiwillige Antrag von Creditoren abzuwarten wäre.

Noch wichtiger wird die Frage: ob der Concurs blos als ein zusammenhängender Prozeß bei Gericht verhandelt werden soll, oder in wie ferne einzelne Akte völlig dem Gerichte entzogen werden sollen? Reib-

---

133) Versuch eines Ideals der Gerichtsordn. I. Thl. S. 439. ꝛc.

nitz [134]) findet einen Hauptgrund der Verzögerung der Concurse in dieser ununterbrochenen Tätigkeit des Gerichts und hofft durch Anwendung einer Jury wichtige Vortheile zu erhalten, insbesondere will er der Lokaljury die Bestellung des interimistischen Curators und den Sühneversuch überlassen. Im deutschen Prozesse kann nur unter Aufsicht des Gerichts und mit Genehmigung desselben gehandelt werden, und selbst Gegenstände der freiwilligen Gerichtsbarkeit gehören vor das Gericht. Der französische Prozeß trennt das Tribunal von dem Commissär, verweiset an das Erste nur die streitigen Rechtsfragen, und überläßt die laufenden Geschäfte den Agenten, Syndiken und Curatoren.

Erwägt man, daß im Concurse zwei Hauptgeschäfte vorkommen, 1) das der Verhandlung mit den Gläubigern über die Liquidität und die Priorität ihrer Forderungen und Entscheidung darüber, 2) das der Sicherstellung, Verwaltung, Veräußerung und Vertheilung des Vermögens, so kann nur bei dem Ersten der Charakter richterlicher Qualität gefunden werden, während bei dem Zweiten der Richter eine ihm völlig fremde Thätigkeit übernehmen soll. Für die Behandlung dieser Geschäfte giebt die oben §. VI. aufgestellte Ansicht über Vollstreckung, und die Rücksicht, daß nur die Gläubiger ein Interesse dabei haben, den Gesichtspunkt, daß ein von den Creditoren erwählter Curator und ein Ausschuß, welcher die Creditoren vertritt, alle von Zeit des eröffneten Concurses nothwendigen Geschäfte der Sicherstellung, Verwaltung und Veräußerung der Masse übernehmen, ohne daß eine Genehmigung des Gerichts dazu nothwendig ist. Im Falle eines Streits über die Zweckmäßigkeit

---

134) Versuch l. c. S. 433. S. 444 u. S. 458.

einer Maaßregel hätte nur die Mehrheit in dem Creditorenausschuß zu entscheiden, da nicht einzusehen ist, wie der Richter, als solcher, darüber entscheiden soll, ob verpachtet oder verkauft, ob en bloc oder in Parzellen verkauft werden soll. Entscheidet hier doch das Gericht, so geht es über seine Richtersphäre hinaus. Nur dann, wenn der Streit zwischen Curator und Creditoren um eine Rechtsfrage sich dreht, oder wenn dem Curator Uebertretung seiner Instruktion vorgeworfen wird, wenn dritte Personen mit Rechtsansprüchen interveniren, kann der Streit an das Gericht gelangen. Nur bis zur Eröffnung des Concurses durch Urtheil muß von dem Satze: daß das Gericht nur Rechtsfragen entscheiden soll, eine Ausnahme gemacht werden, weil es hier auf Prüfung mancher Fragen ankömmt, welche oft mit Rechtspunkten zusammenhängen, weil noch nicht alle Creditoren erschienen sind, und doch Gefahr auf dem Verzuge schwebt; hier bekömmt das Benehmen des Gerichts den Gesichtspunkt einer provisorischen Thätigkeit, wie z. B. bei Arresten, und das Gericht erscheint im Interesse aller noch unbekannter Creditoren handelnd. In der ersten Beziehung muß das Gericht den Antrag auf Concurs prüfen und für die nothwendigsten Masregeln, z. B. Versieglung, Beschlagnahme u. A. Sorge tragen; in der zweiten muß es einen interimistischen Curator aufstellen. Unnöthig scheint es, eine Jury hereinzuziehen; alle schon oben bei der Execution angegebenen Bedenklichkeiten dagegen treten auch hier ein und zwar noch stärker, wenn man erwägt, daß je mehr Personen bei einem Geschäfte thätig seyn sollen, desto verwickelter das Geschäft werde, und daß ins besondere der Sühnversuch in Concurssachen nach bekannter Erfahrung nur mit Erfolg von demjenigen gemacht werden kann, welcher selbst Jurist ist, um

die beiläufige Classifikation der Gläubiger zu kennen, um sogleich jedem ungestümmen Creditor die Schwierigkeiten der Realisirung seines Rechts darstellen zu können, und welcher große Geschäftsgewandtheit und Einsicht in die Verwickelungen des Concursverfahrens hat [135].

Am besten wird sogleich nach der Veranlassung des Concurses von dem Gerichte ein Commissär ernannt, welcher die nöthigen Maaßregeln zur Sicherstellung des Vermögens vornimmt, die bekannten Gläubiger, insbesondere die inskribirten Hypothekarcreditoren, vorladet [136], dem Hypothekenamte wegen der Sistirung weiterer Eintragungen Nachricht giebt [137] und einstweilige Verwalter der Masse bestellt, dabei auf die Erinnerungen der bekannten Gläubiger Rücksicht nimmt. Nach geschlossener Verhandlung, während welcher die Sühn versucht werden kann, erstattet der Commissär Vortrag an das Gericht, von welchem durch Urtheil über die Eröffnung des Concurses erkannt wird [138]. Die Ediktalzitation aller Gläubiger geht dann von dem Commissär aus, und enthält am besten die Angabe aller Termine, in welchen die Liquidation, die weitere Verhandlung durch Exzeptionen und andere Rezesse Statt findet.

---

135) Treffliche Anweisungen zum Sühneversuch giebt Miltner in der Schrift: der baierische Gantprozeß S. 211.

136) Sehr richtig ist dies in der anhaltischen Erläuterung, Anhang VII. cap. §. 3. vorgeschrieben.

137) Baier. Hypothekenо. §. 118.

138) Die Wichtigkeit der Folgen des Concurses für den Gantirer räth das Urtheil auf Concurseröffnung ebenso wie im Strafprozesse das Urtheil auf Zulässigkeit der Spezialinquisition zu betrachten, und ebenso wenig wie das letzte dem Inquirenten überlassen werden darf, dasselbe nur dem Gerichtscollegio zu überlassen.

Eine Vorfrage für alle nachfolgenden Erörterungen ist nun die: auf welche Weise die Verhandlung der Gläubiger über die Priorität geschehen soll? Die Gesetzgebungen sind gerade in diesem Punkte höchst abweichend von einander. Im gemeinen Prozesse ist alles der Praxis überlassen; am häufigsten wird nach beendigtem Liquidationsverfahren, in welchem nur nebenbei die Priorität zur Sprache kam, im Prioritätsurtheil die Classifikation nur vorläufig entworfen und dem Gläubiger vorbehalten, eine bessere als die ihm angewiesene Priorität auszuführen, worauf die nachgesetzten Gläubiger gegen diejenigen, welchen sie vorgesetzt werden wollen, als Kläger ihre Rechte ausführen und nicht selten bis zur Duplik verhandeln [139]. An einigen Orten, z. B. in Hannover, läßt man zwar den Richter darauf bei der Liquidation achten, daß die Gläubiger den Grund ihres etwaigen Vorbehalts genau angeben; allein in der Regel wird doch den Gläubigern im Urtheil die Ausführung der besseren Priorität vorbehalten [140]. In Hessen [141] soll nach der Liquidation der Richter einen Entwurf machen, worin er alle Creditoren klassifizirt; dieser Entwurf wird dann angeheftet, und die Creditoren werden vorgeladen, um die Beweisstücke ihrer Vorzüge anzubringen. Auch die St. Gallenische Concursordnung [142] läßt nur gutachtlich die Classe bestimmen, in welche die Ansprache eines jeden einzelnen Gläubigers gehört. In Meklenburg erscheinen alle Creditoren in einem Termine, in welchem

139) Schweppe das System des Concurses der Gläubiger §. 131.

140) Oesterlei hanov. II. Thl. S. 498.

141) S. Vero. v. 28. Dez. 1816. §. 48.

142) V. 23. Juni 1822 §. 24.

sie einer, nach dem anderen, liquidiren, worauf der Contradiktor sich entweder sogleich oder in einem abgesonderten Termine erklärt. Nach beendigter Liquidation wird, wenn nicht schon die Produktion damit verbunden war, ein Produktionstermin angesetzt; demnächst wird zur Ausführung der Priorität geschritten, und den Creditoren aufgegeben, die Priorität zu deduziren [143]. Die Oldenburgische Concursordnung [144]) läßt vorerst die Partheien und ihre Anwälde zu einem Angebstermin vorladen, in welchem die Creditoren ihre in Händen habenden Beweisthümer ihren Angaberezessen beizulegen haben; hierauf wird der Contradiktor bestellt, welcher aus den mitgetheilten Akten einen Contradiktionsrezeß verfaßt, in welchem er nach genommener Rücksprache mit dem Gemeinschuldner wegen jeder Forderung und Angabe das Nöthige zu bemerken hat. Acht Tage vor dem Liquidationstermine wird dieser Rezeß den Anwälden der Gläubiger, um sich vorbereiten zu können, mitgetheilt [145]). Im Liquidationstermine wird zwischen jedem einzelnen Gläubiger und dem Contradiktor die Sache verhandelt. Ein Beweisverfahren durch Zeugen ist in der Regel nicht zu gestatten, und nur in den Fällen, in welchen bei der Angabe Zeugen benannt oder bei dem Amte aufgenommene Zeugenverhöre produzirt wurden, worüber sich der Contradiktor in seinem Rezesse erklären konnte, kann Ausnahme gemacht werden. In weitläufigen Prozessen können auch mehrere Liquidationstermine bestimmt werden. In dem Präferenzurtheile [146]) werden die

---

143) V. Nettelbladt meklenb. Civilprozeß S. 308.
144) V. 11. Okt. 1814 §. 42.
145) §. 45.
146) §. 49

Creditoren klassifizirt, wogegen Rechtsmittel ergriffen werden können.

Der preußische Prozeß unterscheidet dagegen einen Erscheinungstermin, in welchem alle Creditoren ihre Forderungen anzugeben haben, worauf erst der Verifikationstermin eintritt, in welchem die Creditoren die Beweise ihrer Forderungen mit ihrem Gesuche wegen der Priorität angeben. Werden nun Einwendungen gegen einen Creditor gemacht, so wird dieser Streit zur besondern Instruktion verwiesen, und am Schlusse erfolgt ein vollständiges Classifikationsurtheil [147]).

Der französische Prozeß kennt nach der obigen Darstellung bei Kaufleuten nur eine vom Syndic ausgehende Ediktalladung der Creditoren vor ihm; erst vierzehn Tage nach der Erscheinung erfolgt die Verifikation in einem eigenen Termine; von hier aus trennen sich die Creditoren; alle bestrittenen werden zur besonderen Verhandlung an das Tribunal gewiesen, und es beginnen dort mehrere Spezialprozesse und nach der Erfahrung sind die auf diese Art verwiesenen Creditoren gewöhnlich ohne große Hoffnung, etwas zu erhalten; denn nur die Creditoren, deren Forderungen nnbestritten sind, machen nun den engeren Verein aus, sie wählen einen Definitivcurator, nur sie werden bei den nachfolgenden Verhandlungen mit ihren Erinnerungen gehört, und der über die Vermögensmasse Definitivcurator entwirft unter ihnen die Classifikation [148]), auf welche der Commissär die Auszahlung verfügt. Entsteht wieder Streit über die Priorität, so kömmt der Prozeß an das Tribunal zur Entscheidung. Ganz originell und mit einer bewunderungswürdigen Ein=

---

147) Gerichtso. Tit. 50. §. 119. 121. 131. 138.
148) Code de com. art. 533.

fachheit [149]) kennt der baierische Prozeß nur drei oder vier voraus bestimmte Termine; im ersten werden alle Forderungen angegeben, alle Beweise beigebracht und das Prioritätsgesuch gestellt. Im zweiten erfolgen alle Einreden gegen Liquidität, Legitimation und Priorität, so wie gegen die Beweismittel; und in den folgenden wird darüber zum Schlusse verhandelt. Keiner dieser Termine kann verlängert werden, eine Trennung des Haupt- und Beweisverfahrens existirt nicht, alle Creditoren, bestrittene wie unbestrittene, bleiben in der gemeinschaftlichen Rechtsverfolgung, und am Schlusse erfolgt über Liquidation und Priorität zugleich ein Urtheil, wogegen Rechtsmittel zulässig sind. Auch die neue würtenbergische Gesetzgebung [150]) dringt darauf, daß im nämlichen Urtheile die Gantverweisung mit dem Prioritätsurtheile erfolge.

Vergleicht man diese verschiedenen Gesetzgebungen, so verdienten unfehlbar diejenigen den Vorzug, welche eine in bestimmten Terminen geleitete Verhandlung aller Creditoren ohne Separatprozesse über Liquidation und Priorität gebieten, und die Einfachheit des Verfahrens empfiehlt ganz vorzüglich das baierische System in dieser Hinsicht [151]). Wenn zwar dagegen ein ausgezeichneter baierischer Geschäftsmann [152]) die

---

149) Wenn zwar auch in Baiern Concurse lange dauern, so liegt die Schuld in anderen Gründen und zwar in der schlechten vor dem Gesetze vor 1819 bestehenden Einrichtung wegen der Curatoren, in den vielen Anfragen bei Gericht, in dem Mangel einer Hypothekenverfassung und einer inconsequenten und verwickelten Prioritätsordnung. Neue Gesetze haben hier weise abgeholfen.

150) Edikt v. 31 Dez. 1818 §. 172. und Motive S. 76.

151) S. auch v. Gönner Entwurf eines Gesetzbuchs, 2. Abtheilung S. 752. Welsch Handb. des baier. Universalconc. S. IV. 2c.

152) V. Weber über das baierische Credit- und Schuldenwesen S. 198.

Bemerkung macht, daß er den baierischen Concurs für die Mutter der schreiendsten Ungerechtigkeit halte, so überzeugt man sich bald, daß diese harte Erklärung nicht gegen das System im Ganzen, sondern nur gegen zwei Punkte gerichtet ist, nämlich a) gegen die Vorschrift, daß sogleich im Liquidationstermine die Legitimation beigebracht werden müsse, widrigenfalls der Gläubiger nicht mehr gehört werden sollte; und b) daß in dem nämlichen Termine, bei Strafe des Ausschlusses, alle Beweise auf einmal vorgelegt werden müssen. Von der Richtigkeit der ersten Bemerkung hatte sich auch die baierische Praxis immer überzeugt, und das neue Gesetz [153]) hat weise die Vorschrift dahin abgeändert, daß, wenn es am Legitimationspunkte fehle, die Präclusion nicht eintreten, sondern die Forderung im Prioritätsurtheile an der gebührenden Stelle mit Auflage des weiteren Beibringens der Legitimation locirt werden soll. Was den zweiten Punkt wegen Beibringung der Beweise betrifft, so ist allerdings eine große Härte im Gesetze gelegen [154]), und manche mit diesem Gesetze unbekannte Parthei ist das Opfer dieser harten Vorschrift schon geworden, welche ohnehin nicht zu der vorzüglich im Concurse wichtigen Rücksicht passen will, daß auch jeder Parthei ohne Anwald zu haben, es möglich gemacht werden muß, ihre Ansprüche vorzubringen. In der baierischen Praxis wußte man auch immer Mittel, wie die Härte des Gesetzes zu umgehen, und der menschliche Richter fragte gerne noch vor Aufnahme des Protokolls um die Beweise, erklärte den Gläubigern die Strenge des Gesetzes und ließ ihnen Zeit, das Fehlende beizubringen. Es hin-

---

153) V. 22. Juli 1819 §. 36.
154) V. Gönner Commentar S. 456.

dert auch nichts die Gesetzgebung zu verordnen, daß jeder Parthei, welche im ersten Termine ohne Beweise erscheint, aufgelegt werde, bis zum nächsten Termine die Beweise beizubringen. Werden aber diese Härten vermieden, so verdient das System im Ganzen den Vorzug vor allen Uebrigen.

1) Eine große Vereinfachung scheint selbst in dem preußischen Prozesse möglich zu seyn, wenn nicht, wie es nach dem Gesetze geschehen muß, der Erscheinungstermin blos auf die summarische Angabe der Forderungen der Gläubiger beschränkt, sondern vielmehr schon hier ein vollständiger Klagsrezeß mit Angabe aller Beweismittel und mit den geeigneten Gesuchen, auch wegen der Priorität, vorgelegt werden müßte. Da dies erst nach preußischem Gesetze im Verifikationstermine geschehen muß, da in dem nämlichen Termine auch der Contradiktor und die Creditoren exzipiren sollen, da aber eine vollständige Widerlegung kaum in dem nämlichen Termine möglich ist, weil der Creditor jetzt erst die Anträge der Mitcreditoren hört, und sich nicht vorbereiten kann, so verdient es unfehlbar einen Vorzug, wenn im ersten Termine vollständig die Klage begründet, und erst im nachfolgenden die Exzeption verlangt wird, weil jeder Creditor und der Contradiktor in der Zwischenzeit sich vorbereiten können. Aus ähnlichen Gründen ist auch die französische Vorschrift, daß die Creditoren zuerst vor dem Curator (syndic) erscheinen und dann erst vor dem Commissär die Forderungen erörtern sollen, unzweckmäßig, daher auch in der Praxis der erste Erscheinungstermin (auch die Präclusion ist keine Folge des Außenbleibens) in eine nutzlose Formalität ausartet.

2) Noch weniger läßt es sich billigen, wenn das preußische und französische Gesetz die Creditoren, de-

ren Forderungen bestritten werden, zu abgesonderter Verhandlung verweiset und Spezialprozesse zuläßt. Diese Einrichtung vermehrt die Arbeiten des Gerichts und hat den Nachtheil für die Gläubiger, welche bei dem Widerspruche interessirt sind, oft bei zwanzig und mehr Spezialprozessen erscheinen zu müssen, um ihre Rechte zu verfolgen, während einfach nach dem baierischen Systeme in einem Termine alle Exzeptionen gegen irgend einen Creditor zu Protokoll genommen, im nächsten Termine widerlegt und sogleich schließlich beantwortet werden können. Noch nachtheiliger wird es, wenn, wie nach französischem Rechte, nur mehr die unbestrittenen Creditoren [155]) eine engere Vereinigung bilden, den Definitivcurator wählen, über die Vermögensverwaltung berathen, und über den Vergleich allein gehört werden. Mögen die anderen Gläubiger, welche das Unglück haben, daß wegen einiger Einwendungen gegen sie ihre Forderung separirt verhandelt werden muß, ein noch so großes Interesse haben, daß auch sie über den Curator, über die Art der Verwaltung u. A. gehört werden, mag in der Folge, wenn nach langen Umwegen ihre Forderung gerichtlich anerkannt wird, noch so sicher sich ergeben, daß sie höchst interessirt bei allen Concursverhandlungen waren, so ist dies doch zu spät, denn nur die unbestrittenen Gläubiger haben in der Zwischenzeit gehandelt. Erfährt man erst, wie in der Praxis dieser contrat d'union getrieben wird, wie die Gläubiger oft Monatlang eine förmliche Handelsgesellschaft bilden, um aus dem Vermögen des Gemeinschuldners die größten Vortheile zu ziehen [156]), so sieht

155) Cod. de Com. art. 515.
156) Vincens exposition p. 546.

man die Interessen der separirt zu streiten gezwungenen Creditoren höchst gefährdet.

Ueberhaupt unterliegt die Art, wie nach französischem Prozesse die Sühne oder das Concordat [157]) versucht wird, den wichtigsten Einwendungen. Nach dem Gesetze darf erst, wenn schon alle Formalitäten bis zur Eidesleistung der Creditoren beobachtet sind, der Vergleich versucht werden, also zu einer Zeit, wo schon ungeheuere Kosten verwendet und viele Monate verflossen sind; ergiebt sich irgend ein Verdacht eines Bankerutts, so darf gar nicht einmal ein Vergleich eingegangen werden, und nicht alle Creditoren, sondern nur die unbestrittenen, also diejenigen, welche am wenigsten Ursache haben, den Vergleich einzugehen, werden gehört [158]). Vergeblich sucht man auch im französischen Rechte eine Bestimmung, wie es gehalten werden soll, bis über sämmtliche bestrittene Forderungen entschieden ist. Die Consequenz hätte gefordert, die Abfassung des Prioritätsurtheils [159]) so lange verschieben zu lassen, bis alle Forderungen Spruch reif wären [160]). Die hiebei entstehende Verzögerung wird nur glücklich vermieden, wenn man, wie nach dem baierischen Prozesse, in bestimmten Terminen alle Forderungen gemeinschaftlich verhandeln läßt.

3) Am wenigsten aber verdient das System jener Gesetzgebungen eine Empfehlung, welche den Prioritätspunkt abgesondert verhandeln lassen; es genügt auch nicht, wenn einige Gesetze nur verlangen, daß der Richter bei den Verhandlungen auf die Priorität

---

157) Code art. 519.

158) S. auch Vincens exposition I. p. 462.

159) Dieß thut auch die preuß. Gerichtso. Tit. 50. §. 137.

160) Eine weise Limitation enthält die preuß. G. O. §. 138.

achte, und in dem Urtheile nur gutachtlich die Priorität bestimme, weil theils ein richterliches Gutachten gar keine Rücksicht verdient und selbst dem Charakter des Richteramtes widerspricht, theils der Richter gar nicht im Stande ist, über die Priorität zu entscheiden, wenn nicht vollständige Verhandlungen vorausgingen, theils die Collokation insbesondere nach gemeinem Rechte mit so vielen Controversen begleitet und von so vielen faktischen Fragen, z. B. über den Beweis der versio u. A. verbunden ist, daß das sogenannte gutachtliche Prioritätsurtheil ein ohne alle Grundlage entworfenes und völlig überflüssiges ist. Die Folge ist daher, daß eine Menge kostspieliger Spezialprozesse über die Priorität entstehen, welche leicht hätten vermieden werden können, wenn, wie dies nach der Erfahrung in Baiern sich trefflich ausführen läßt, die Priorität vollständig neben der Liquidation in den verschiedenen Terminen verhandelt worden wäre, so daß der Richter in dem nämlichen Urtheile definitiv über die Priorität hätte entscheiden können. Die Appellation gegen die Punkte der Liquidation könnte dann eben so leicht mit der Appellation wegen unrichtiger Classifikation verbunden werden.

Eine besondere Rücksicht verdienten die Personen, welche zur Vertretung der Interessen der Gläubiger oder des Gemeinschuldners im Concurse nothwendig sind. Man findet gewöhnlich im gemeinen Prozesse einen Comunanwald, einen Contradiktor und einen Curator bonorum. Der erste, welcher der gemeinschaftliche Anwald aller Gläubiger, zum Betriebe der Rechte und der Geschäfte der Gesammtheit derselben ist, muß als völlig überflüssig von einer guten Gesetzgebung nicht zugelassen werden, weil a) in den Fällen, in welchen die Creditoren wirklich

interessirt sind, z. B. über Vermögensverwaltung die laufenden Geschäfte viel besser von dem Curator und von dem Creditorenausschuß besorgt werden können, weil b) die Creditoren bei der Liquidation doch ihre eigenen Anwälde nöthig haben, und der Comunanwald, wenn man ihn zuläßt, gewöhnlich bei den Terminen nur oberflächliche generelle Widersprüche entgegen setzen kann, c) weil nichts hindert, daß der Curator ausstehende Forderungen des Gemeinschuldners beitreibt, und für wichtige Prozesse wohl ein Anwald aufgestellt werden kann, der aber nur den ihm übertragenen Prozeß zu führen hat, ohne im Concurs-Prozesse als eine Person zu erscheinen, die über jeden Punkt gefragt werden muß. Die Vereinigung des Comunanwalds in der nämlichen Person mit dem Contradiktor [161]) scheint nicht passend, weil eine solche Person zwei häufig entgegengesetzte Interessen, die des Schuldners und der Gläubigen vertreten müßte.

Der Contradiktor, welcher die Rechte des Gemeinschuldners bei den Liquidationen zu vertreten hat, kömmt in manchen Gesetzgebungen, z. B. in der Bairischen, gar nicht vor, und andere [162]) gebieten, daß bei einfachen Concursen der Curator zugleich Contradiktor sey. Betrachtet man aber den Ersten als im Interesse der Gläubiger handelnd, erwägt man, daß mehrere neue Gesetzgebungen ausdrücklich gebieten, daß der Curator kein Advokat sey, so ist nicht einzusehen, wie der Curator, der ein sehr guter Kaufmann oder Landwirth seyn kann, auch bei den Terminen ohne Rechtskenntniß den Schuldner vertreten soll. Wenn zwar in einfachen Fällen ein

161) Dies geschieht in Meklenburg s. v. Nettelbladt X. 1. c. S. 295.

162) Z. B. die Nassauische, die Lippische.

solcher Contradiktor oft unnöthig seyn kann, so kann er doch überhaupt und in den meisten Fällen nicht entbehrt werden, weil sonst bei dem Concurse eines abwesenden Gantirers der Schuldner gar nicht vertheidigt würde, weil der Concurs aus einem Inbegriff von Prozessen besteht, und dem Schuldner nicht verwehrt werden kann, hier seine Rechte ebenso durch den rechtserfahrnen Vertreter geltend zu machen, als er es thun dürfte, wenn jeder Gläubiger einzeln gegen ihn auftreten würde, weil endlich sonst Niemand vorhanden wäre, welcher gegen manche einzelne Forderung nur exzipiren könnte, indem die Gläubiger die nähere Beschaffenheit der Forderung nicht kennen können, während der Contradiktor mit dem Schuldner sich benehmen, seine Papiere durchgehen, und sich vollständig vorbereiten kann. [163])

Eine Hauptperson ist in dem deutschen Concursprozesse der Massacurator, welchem die Verwaltung, Sicherstellung und Veräußerung der Masse nach Vernehmung der Creditoren, und unter Leitung und mit Genehmigung des Gerichts übertragen wird. Es ist durch laute Klagen bestätigt, daß nur diese Curatoren gewöhnlich den langsamen Gang der Concurse setzen und nach Kräften zur Erhaltung desselben beitragen, weil sie am meisten dabei gewinnen. Der große Einfluß solcher Verwalter macht, wenn das Gesetz sie nicht sehr beschränkt, sie gefährlich, so daß nicht selten nach Jahren die Creditoren einen neuen Prozeß gegen den Curator anfangen müssen; will man sie aber sehr beschränken, so tritt ein ewiges höchst kostspieliges Correspondiren mit den Gläubigern und Anfragen bei dem Gerichte ein. Selbst der Umstand,

---

163) V. Gönner Motive zum Entwurf eines Prozeßgesetzb. S. 776.

daß es schwierig ist, bei großen Concursen einen eben so gewandten Geschäftsmann als tüchtigen Verwalter, Oekonomen, Brauverständigen u. dgl. zu finden, daß man daher in der Praxis nur zu oft auf die Geschäftsgewandtheit Rücksicht bei der Bestellung nimmt, so daß die Verwaltung nur schlecht und mechanisch betrieben wird, macht die Aufstellung eines Curators bedenklich, vorzüglich wenn man, wie es so oft geschieht, die Curatel an Advokaten überträgt, welche dies mit der Rechtsverfolgung ohnehin nicht verträgliche Geschäft auf die einträglichste Weise und auf die scheinbar förmlichste Weise zu führen verstehen. Wenn aus solchen Gründen ausgezeichnete Rechtsgelehrte [164]) bewogen worden sind, die Aufstellung besonderer Massecuratoren als unnöthig zu erklären, wenn sie dagegen dem Gerichte die Herstellung des Inventars, die Versteigerung, Einnahmen und Ausgaben aller Gelder übertragen wollen, und wenn nur im ersten Ediktstage die erschienenen Creditoren über die Benützung und den Betrieb des Vermögens des Schuldners vernommen werden sollen, so kann man schwerlich dem neuen Vorschlage beistimmen, wenn man erwägt a) daß schon in der Execution aus den oben angegebenen Gründen die Leitung des weiteren Verfahrens zur Veräusserung der Güter am besten einer Person, die nicht Gerichtsmitglied ist, übertragen wird, daß aber im Concurse die Ausdehnung und die Verwickelung der Geschäfte noch mehr eine eigene in Verwaltungsgeschäften sehr erfahrene Person fordere; b) daß nach diesem Vorschlage dem Gerichte Geschäfte aufgebürdet würden, welche mit der collegialen Einrichtung der Tribunale und der nothwendigen Reinheit der Justiz und ihrer Trennung von allen fremd-

---

164) S. auch v. Gönner Motive S. 800.

artigen Arbeiten, so wie mit dem Charakter des Richteramtes nicht verträglich sind, und deren Kenntniß von dem Juristen nicht erwartet werden kann, deren Betreibung aber gewöhnlich mechanisch und gleichgültig geschieht und die zur Ausübung der nothwendigen juristischen Geschäfte Zeit raubt. c) Nach diesem Vorschlage würde erst nach der Eröffnung des Concurses, und erst, wenn die Creditoren zur Liquidation erscheinen, ihre Erklärung über die Betreibung der Geschäfte eingeholt werden müssen, was aber offenbar zu spät ist, weil gerade am Anfange des Prozesses die Arbeiten der Verwaltung und die Aufsicht über das Vermögen, die Beitreibung des ausstehenden Vermögens am wichtigsten und schwierigsten sind, und nur zu leicht vernachlässigt werden, wenn das Gericht bis zur Zusammenberufung der Gläubiger wartet. Viel zweckmäßiger möchte es daher seyn, wenn das Concursgericht sogleich nach der Veranlassung des Concurses einen provisorischen Curator aufgestellt, und hiezu entweder ein Mitglied des Gemeinderathes oder den Beamten der freiwilligen Gerichtsbarkeit bestimmt. Sehr weise mag es seyn, wenn als Massecurator nach dem Gesetze [165]) kein Advokat aufstellt werden soll, weil der Advokat zu leicht solche Verwaltungsgeschäfte in dem etwas schwerfälligen und langsamen juristischen Gange betreibt. Die Art der Aufstellung von Agenten, später von Syndiken und von Definitivcuratoren, wie der französische Prozeß es vorschreibt, ist ganz verwerflich, weil sehr gut sogleich vom Anfange an ein provisorischer Curator aufgestellt werden kann, ohne daß es vorhergehender kostspieliger Agenten bedarf, und weil die Aufstellung des Definitivcurators

---

165) Z. B. baier. Novelle v. 22. Jul. 1819 §. 35. s. auch in Meklenburg. Nettelbladt S. 296.

theils zu spät kömmt, wenn schon die Verifikation der Forderungen geendigt ist, theils einseitig geschieht, indem nur die Creditoren, deren Forderungen unbestritten sind, wählen.

Der beste Zeitpunkt, in welchem sich die ohnehin bei Gericht gegenwärtigen Creditoren über die weitere Verwaltung zu erklären haben, ist der des ersten Termins zur Liquidation. Hier wäre ihnen der ganze Vermögensstand und die Uebersicht der bisherigen Verwaltungsgeschäfte vorzulegen und ihre Erklärung über den ferneren Betrieb abzufordern. Die Vorschriften der preußischen Gerichtsordnung [166]) liefern auch hier die trefflichsten, von jedem Gesetzgeber zu beobachtenden Winke. Es ist höchst tadelnswerth, wenn alle Concurse nach einer gleichen Form behandelt werden. Der Concurs eines Fabrikanten oder Kaufmanns muß anders als der eines großen Gutsbesitzers betrieben werden; bei dem Ersten zu einem schleunigen Verkaufe zu schreiten, oder, wie es häufig in der Praxis geschieht, das Gewölbe zu sperren, ist höchst tadelnswerth, weil durch das Erste die Waaren um geringe Preise losgeschlagen, bei dem Zweiten sowohl dem Schuldner als den Gläubigern die Quellen der Vermehrung des Vermögens gerade zu verstopft werden; es kann daher sehr weise seyn, das Geschäft auf Rechnung der Masse fortführen zu lassen, einen Buchhalter und Aufseher obrigkeitlich zu verpflichten und den Creditoren eine Einsicht in die Geschäftsbetreibung zu gestatten. Bei Landgütern dagegen muß ein eigener Administrator verpflichtet und er an die Creditoren gewiesen werden. Am wichtigsten ist es nur das Einwirkungsrecht der Creditoren richtig zu bestimmen. Die gewöhnliche Art, daß we-

---

166) Tit. 50. §. III. u. IV. Abschnitt.

gen jedes Verwaltungsgeschäfts, z. B. wegen einer Reparatur, der Curator bei sämmtlichen Creditoren anfragen muß, so daß sie entweder per circulare vernommen oder zu Gericht vorgeladen werden, worauf erst das Gericht ein Dekret erläßt, ist völlig unpassend, weil er die Kosten ohne Noth vermehrt, das Geschäft verzögert und den Creditoren Lasten aufbürdet. Alle vernünftigen Forderungen werden, befriedigt, wenn die Gläubiger angehalten werden schon im ersten Ediktstage aus ihrer Mitte einen Ausschuß von 2 oder 3 Mitgliedern zu wählen, welcher die Gesammtheit der Creditoren in allen Verwaltungsgegenständen vertritt, und dessen Glieder als Bevollmächtigte der Creditoren handelt. An sie allein wendet sich der aufgestellte Curator, und die Beschlüsse des Ausschusses, in welchem Stimmenmehrheit gilt, verpflichtet ohne weiteres gerichtliches Dekret. Sind ausgedehnte Vermögenstheile da, besitzt z. B. der Kaufmann auch ein Landgut oder eine Brauerei, so können mehrere Deputationen und Ausschüsse gewählt werden, so daß immer die mit der besonderen Art der Geschäfte am meisten vertrauten Creditoren zu dem besonderen Vermögenstheile deputirt werden [167]). Neue Gesetze [168]) haben diese Einrichtung weise vorgeschrieben.

Noch sey es erlaubt auf den Fall aufmerksam zu machen, wenn das bei der Versteigerung gelegte höchste Gebot von den Gläubigern nicht annehmbar befunden wird. Nach manchen Gesetzen wird ohne weitere Einrede der Gläubiger das im letzten Termine

---

167) S. v. Gönner Commentar zur baier. Novelle S. 453.
168) Baier. Novelle v. 22. Jul. 1819 §. 35. Würtenberg. Novelle v. 15. Sept. 1822 §. 33. S. auch von Meklenburg Nettelbladt l. c. S. 297.

erzielte Meistgebot angenommen und die Sache dem Käufer zugeschlagen [169]). An anderen Orten [170]) wird das höchste Gebot nur annehmlich erklärt, wenn es ⅔tel der den Creditoren bis zu dem Zuschlage geheim zu haltenden Taxe beträgt. Die Gläubiger haben nun noch das Gleichgebotsrecht, wozu ein neuer Termin gesetzt wird, in welchem eine Pluslicitation nur mehr zwischen dem Pluslicitanten und den idem offerrenden Gläubigern unter einander gestattet wird. Andere Gesetze [171]) gebieten, wenn einem Creditor das Gut proquanto taxato zugeschlagen werden soll, die Zuschätzung nebst der Taxe 14 Tage vorher öffentlich bekannt zu machen, innerhalb welcher die nachfolgenden Creditoren ein höheres Gebot thun oder einen besseren Käufer suchen können. Besonders merkwürdig ist aber das baierische [172]) jus delendi, nach welchem der letzte Creditor das Gut gegen gänzliche Befriedigung aller älteren oder gleichen Mitgläubiger an Zahlungsstatt übernehmen oder gegen Verlust der Forderung das Gut unter gleichen Bedingungen dem nächst vorhergehenden Gläubiger überlassen muß. Hiezu werden alle Creditoren zusammengerufen und vom letzten Creditor bis weiter hinauf jeder um die Ausübung dieses Rechts befragt. Die Folge dieses höchst verzögerlichen Verfahrens war, daß gewöhnlich die letzten Gläubiger, weil sie nicht so viel Geld hatten, um die vorgehenden Creditoren bezahlen zu können, das Recht nicht ausüben konnten, so daß einer der früheren reichen Gläubiger das

---

169) S. auch oldenburg. Conc. Ordn. §. 63.
170) Z. B. in Meklenburg Nettelbladt S. 311.
171) Z. B. in Nassau. Samml. der Verordn. I. Thl. S. 96.
172) Cod. Jud. cap. 19. §. 17. Welsch Handb. des baier. Conc. Proz. S. 210. Weber über das baierische Credit- und Schuldenwesen S. 236.

Gut oft um einen sehr geringen Preis erhielt, und alle übrigen späteren Creditoren leer ausgiengen. Die neue Gesetzgebung hat zwar manche Mißbräuche dieses Rechts abgeschafft [173]), und die neue Hypothekenordnung [174]) gestattet, wenn bei der dritten Versteigerung der Zuschlag ohne Rücksicht auf den Schätzungspreis erfolgt, jedem Hypothekgläubiger, der dadurch ganz oder zum Theil seine Forderung verlieren würde, zu verlangen, daß ihm das Gut um das Meistgebot zugeschlagen werde, worüber er sich binnen 8 Tagen erklären muß; jeder neuere Hypothekgläubiger hat hiebei vor dem älteren, jedoch nur gegen dessen vollständige Zahlung, den Vorzug.

Wie nothwendig hier eine feste gesetzliche Bestimmung ist, zeigt, bei diesem Schwanken der Ansichten, vorzüglich die Praxis in Ländern des gemeinen Rechts. Eine höchst wohlthätige Einrichtung aber würde es noch seyn, wenn die von der Praxis zum Nachtheile der Masse und der Creditoren beobachtete Sitte, während des Concurses gar keine Zahlungen zu machen, aufgehoben und nach dem Vorgange neuer Gesetze [175]) gestattet würde, an die Hypothekengläubiger, deren Forderungen unbestritten sind, Zahlungen zu machen.

---

173) Baier. Novelle v. 1819 §. 37. v. Gönner Comment. hiezu S. 464—83.

174) §. 64.

175) S. preuß. Gerichtso. Tit. 50. §. 504. S. auch von Meklenburg. v. Nettelbladt S. 344. Oldenburg. Concursordn. §. 57. Baier. Hypothekenordn. §. 70.

BSB Bayerische StaatsBibliothek

MDZ Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Mittermaier, Carl Joseph Anton,

Der gemeine deutsche bürgerliche Prozeß in Vergleichung mit dem preuß
ischen und französischen Civilverfahren und mit den neuesten Fortschritten
der Prozeßgesetzgebung
Bd.: 3

Bonn (1823)

J.pract. 183 o-3/4
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10554434-5